

De derde pijler in de praktijk: leven met gebreken*

Over de uitwisseling van informatie tussen de lidstaten

91

Mr. H. Hijmans**

Preadvies voor de NVER-vergadering van 24 november 2006.

I. Inleiding en probleemstelling

1. De Europese Unie heeft, ook los van het Grondwettelijk Verdrag, hoge ambities met de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Het Haags programma¹ kwam tot stand in het vooruitzicht van de inwerkingtreding op een later tijdstip van het Grondwettelijk Verdrag – het programma werd aangenomen ruim een half jaar voorafgaande aan de referenda in Frankrijk en Nederland – en ging ervan uit dat vooruitgelopen kon worden op dat Verdrag. Volgens zijn inleiding weerspiegelt dit programma de ambities die zijn verwoord in het Grondwettelijk Verdrag. De bestaande verdragen zijn de rechtsgrondslag.² Het Haags Programma, de diverse beleidsdocumenten van de Commissie die beogen de uitvoering van het programma te waarborgen³ almede de (voorstellen voor) wettelijke regelingen in de derde pijler geven gestalte aan de denationalisering van het strafrecht. René Barents kenschetst dit als een onomkeerbaar proces.

2. Dit preadvies gaat verder waar Barents ophoudt en schetst de praktijk van de samenwerking: waar loopt men in de praktijk tegenaan indien men invulling wil geven aan een Europese strafrechtelijke ruimte en dat nog wel zonder een Grondwettelijk Verdrag dat juist op dit terrein een noodzakelijke versterking van het verdragsrechtelijk kader had moeten betekenen? Kan de Unie de ambitie zoals geformuleerd in het Haags programma waarmaken, in het bijzonder op het terrein van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken?

3. Ik leg het *zwaartepunt bij enkele belangrijke dossiers die als oogmerk hebben de uitwisseling van informatie tussen de lidstaten te verbeteren*.⁴ Dit is interessant aangezien de samenwerking in de derde pijler die moet leiden tot een Europese strafrechtelijke ruimte vooral gestalte zal moeten krijgen via een gemakkelijker uitwisseling van informatie. De premisse is dat de criminaliteit (mede als gevolg van het wegvallen van de binnengrenzen van de Europese Unie) steeds meer grensoverschrijdend wordt, maar dat het optreden daartegen gebonden is aan nationale grenzen. Op grond van het EU-Verdrag is er geen Europese handhavingsautoriteit en zijn nationale autoriteiten in beginsel niet bevoegd op het grondgebied van andere lidstaten op te treden. Informatie-uitwisseling is dan essentieel. Voorkomen moet immers worden dat een crimineel die zich van de ene naar de andere lidstaat

verplaatst onbestraft blijft.⁵ Ook de dreiging van terroristische aanslagen vergroot de urgentie van informatie-uitwisseling. Deze dreiging wordt althans vaak als argument gebruikt voor het aannemen van nieuwe wettelijke instrumenten op het niveau van de Unie. Een treffend voorbeeld – zeer actueel op het moment van schrijven van dit preadvies – is de reactie van Commissaris Frattini op de vrijdelde plannen voor vliegtuigkapingen in het Verenigd Koninkrijk: een voorstel voor het verplicht beschikbaar stellen aan de nationale autoriteiten van passagiersgegevens van alle vluchten in, naar en uit Europa.⁶

4. Uitwisseling van informatie van politie en justitie⁷ wordt dus beschouwd als een essentieel instrument van samenwerking. Dit instrument kan echter alleen functioneren in *de vooronderstelling dat de autoriteiten van de lidstaten (dat kunnen er twee zijn of meer) elkaar wederzijds kunnen vertrouwen*. De informatie waarom het gaat, is immers meestal van gevoelige en vertrouwelijke aard en bovendien in een groot aantal gevallen verkregen na een wezenlijke inspanning van diensten van politie of justitie, met het oog op de oplossing van een bepaald vergrijp. Dit alleen al zijn twee redenen waarom de bereidheid tot

* Citeerwijze: Hielke Hijmans, 'De derde pijler in de praktijk: leven met gebreken. Over de uitwisseling van informatie tussen lidstaten', SEW 2006, 91.

** Hielke Hijmans is adviseur van de Europese toezichthouder voor de gegevensbescherming. Hiervoor was hij onder meer raadgever bij het ministerie van Justitie en referendaris bij het Hof van Justitie EG (Kabinet Geelhoed). Dit preadvies op persoonlijke titel geschreven.

1 Het Haags programma – Versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie, *PbEG* 2005 C 53/1.

2 Par. II-1 Haags programma.

3 Zie het pakket aan maatregelen dat de Commissie heeft voorgesteld op 28 juni 2006 als resultaat van de politieke beoordeling van de implementatie van het Haags Programma, in het bijzonder de mededelingen van de Commissie van die datum 'Implementing The Hague Programme: the way forward' (COM(2006)331 def.) en 'Report on the implementation of the Hague Programme for 2005' (COM(2006)333 def.).

4 Als omschreven in Beleidslijn III.2.1 van het Haags Programma. De keuze voor dit zwaartepunt hangt ook samen met mijn eigen betrokkenheid bij het onderwerp als adviseur van de Europese toezichthouder voor de gegevensbescherming.

5 Zie ook de verwijzing naar de conventie uit 1980 in Barents, *SEW* 2006, 90, punt 4.

6 Zie bijv. *The Guardian*, 17 augustus 2006 en *EDRI-gram*, 30 augustus 2006 (zie www.edri.org).

7 En ook van informatie beschikbaar bij derden, ten behoeve van politie en justitie.

uitwisseling van informatie niet vanzelfsprekend is. Vertrouwen is overigens niet alleen van belang in de verhouding tussen de autoriteiten, maar ook is nodig dat de betrokken burger erop kan vertrouwen dat zijn rechten niet worden geschaad bij uitwisseling van informatie tussen de lidstaten. Vertrouwen heeft bovendien een constitutionele dimensie. Het (wederzijds) vertrouwen wordt in paragraaf 2 besproken.

5. *Het Europeesrechtelijke instrumentarium moet ertoe bijdragen dat uitwisseling van informatie mogelijk wordt op basis van wederzijds vertrouwen.* Hiertoe is in ieder geval nodig dat de verdragen een voldoende rechtgrondslag bieden voor samenwerking en dat het optreden van de Unie voldoet aan eisen van effectiviteit en proportionaliteit. Echter, een effectief en proportioneel optreden van de Unie is niet bij voorbaat eenvoudig te realiseren vanwege het feit dat het nationale recht op het gebied van het materiële en formele strafrecht sterk uiteenloopt. De Europese wetgever zal enerzijds voorzieningen moeten treffen om de nadelige effecten van die verschillen op de uitwisseling te beperken en anderzijds rekening moeten houden met het gegeven dat die verschillen zelf niet volledig kunnen worden weggenomen. Tot slot wijs ik erop dat het optreden van de Unie natuurlijk moet voldoen aan democratische en rechtsstatelijke randvoorwaarden. De problemen die de Europese Unie binnen de derde pijler tegenkomt, worden in paragraaf 3 aan de orde gesteld.

6. Paragraaf 4 behandelt *een meer specifieke consequentie van de verdragsstructuur*, de afbakening tussen de eerste en derde pijler. Het PNR-arrest van het Hof van 30 mei 2006⁸ staat in deze paragraaf centraal.

7. *De wijze waarop de Uniewetgever gestalte geeft aan een verbetering van de uitwisseling van informatie* komt in paragraaf 5 aan de orde. Wederzijdse erkenning als uitdrukkingvorm van wederzijds vertrouwen is de basis voor optreden en moet ertoe leiden dat de ambities uit het Haagse programma kunnen worden waargemaakt. Wederzijdse erkenning op zich is echter niet voldoende. Aanvullende regels zijn nodig. Als voorbeelden worden drie typen aanvullende regels besproken, zoals die zijn opgenomen in recente voorstellen van de Commissie. Het voorstel voor een kaderbesluit gegevensbescherming in de derde pijler⁹ dient als voorbeeld van minimumharmonisatie van essentiële normen, het voorstel voor de uitwisseling volgens het beschikbaarheidsbeginsel¹⁰ dient als voorbeeld van een verplichting van actieve samenwerking tussen de lidstaten, terwijl de voorstellen voor een Schengen Informatie Systeem van de tweede generatie (hierna: SIS II)¹¹ als voorbeeld dienen voor een deels gecentraliseerde technische structuur ter ondersteuning van de informatie-uitwisseling tussen de lidstaten.

8. In paragraaf 6 gaat het over *manieren om de moeilijke besluitvorming in de derde pijler te ontgaan*. Het Prümverdrag, alsmede de hernieuwde belangstelling voor de passerelle-bepaling trekken de aandacht. Paragraaf 7 sluit het preadvies af, met *stellingen* voor de vergadering.

2. (Wederzijds) vertrouwen

2.1. Vertrouwen tussen de autoriteiten

9. Samenwerking op het gebied van politie en justitie vergt wederzijds vertrouwen. Niet voor niets kwalificeert het Grondwettelijk Verdrag¹² het bevorderen van wederzijds vertrouwen tussen de autoriteiten als het fundament van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Voor het Hof was wederzijds vertrouwen de essentie van het arrest Gözütük en Brügger, betreffende de toepassing van het ne bis in idem-beginsel. Volgens het Hof is nodig 'dat de lidstaten wederzijds vertrouwen hebben in hun respectieve strafrechtssystemen en dat elke lidstaat de toepassing van het in de andere lidstaten geldende strafrecht aanvaardt, ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden'.¹³ Naar aanleiding van deze rechtsoverweging van het Hof rijst de vraag of het wederzijds vertrouwen dat het Hof noodzakelijk acht ook daadwerkelijk bestaat bij de lidstaten. Helaas is dit vaak niet het geval. Ook los van de beperkingen in Titel VI EU-Verdrag – die op zichzelf weer het gevolg zijn van het ontbreken aan vertrouwen bij lidstaten om op het gebied van het strafrecht soevereiniteit prijs te geven – wordt een krachtadig optreden van de Unie op grond van deze titel juist vooral bemoeilijkt door een gebrek aan wederzijds vertrouwen. Weyembergh benadrukt 'how difficult the realization of the mutual trust implied by mutual recognition in fact is. The daily practice of judicial cooperation offers many examples of the prevalence of mutual distrust'.¹⁴ Een goed voorbeeld, waar ook zij in dit

8 Arrest Europees Parlement tegen Raad van de Europese Unie (zaak C-317/04) en Commissie van de Europese Gemeenschappen (zaak C-318/04), gevoegde zaken C-317/04 en C-318/04 (n.n.g.). PNR staat voor 'Passenger Name Record', gegevens van passagiers waarover de luchtvaartmaatschappijen beschikken.

9 Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (COM(2005)475 def.). Zie ook het advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming, *PbEG* 2006 C 47/12.

10 Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad betreffende de uitwisseling van informatie volgens het beschikbaarheidsbeginsel (COM(2005)490 def.). Zie ook het advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming, *PbEG* 2006 C 116/8.

11 Voorstel voor een besluit van de Raad betreffende de instelling, de werking en het gebruik van het Schengen Informatie Systeem van de tweede generatie (SIS II) (COM(2005)230 def.), voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de instelling, de werking en het gebruik van het Schengen Informatie Systeem van de tweede generatie (SIS II) (COM(2005)236 def.), en voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot het Schengen Informatie Systeem van de tweede generatie (SIS II) voor de instanties die in de lidstaten belast zijn met de afgifte van kentekenbewijzen van voertuigen (COM(2005)237 def.). Zie ook het advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming, *PbEG* 2006 C 91/38. In tegenstelling tot de voorstellen genoemd in voetnoten 9 en 10 is de besluitvorming over deze voorstellen thans (augustus 2006) spoedig te verwachten.

12 Art. 1-42 verdrag.

13 HvJ EG 11 februari 2003, gevoegde zaken C-187/01 en C-385/01, *Gözütük en Klaus Brügger*, *Jur.* 2003, p. I-1345, punt 33.

14 A. Weyembergh, 'Approximation of criminal laws, the Constitutional Treaty and the Hague Programme', *CML Rev.* 42, 1567-1597, 2005, p. 1575.

verband op wijst, is de implementatie in nationaal recht van het kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel.¹⁵ Dit kaderbesluit verlangt niet alleen dat de toepassing van ander strafrecht wordt aanvaard,¹⁶ maar veronderstelt de actieve medewerking van een lidstaat aan de uitvoering van rechterlijke beslissingen in andere lidstaten, ook als deze andere lidstaten een afwijkend strafrechtelijk stelsel hebben.¹⁷

10. Het gebrek aan vertrouwen is naar mijn oordeel ook één van de redenen van de terughoudendheid bij strafrechtjuristen om bevoegdheden over te dragen naar het niveau van de Europese Unie. De lidstaten beschikken binnen hun eigen grenzen over een monopolie dwangmiddelen te gebruiken, waaronder geweld tegen individuen. Tevens zijn zij verantwoordelijk voor het toezicht op het gebruik van dwangmiddelen, zodat zeker kan worden gesteld dat geen fundamentele rechten worden geschonden. Wederzijdse erkenning houdt nu in dat lidstaten vertrouwen op beslissingen in andere lidstaten ook op dit gevoelige terrein. Dat dit vertrouwen zelfs tussen democratische rechtsstaten niet altijd vanzelfsprekend is, blijkt bijvoorbeeld uit het Britse arrest *ex parte Ramda*, zoals beschreven door Guild,¹⁸ dat de uitlevering betrof aan Frankrijk van een van terrorisme verdachte Algerijn. Het tegen deze persoon bestaande bewijs was goeddeels verkregen met gebruikmaking in Frankrijk van twijfelachtige verhoormethoden en dus bestond reden voor verzet tegen uitlevering. Ik verwijs waar het gaat om strafrechtjuristen verder naar het preadvies van Barents. Bij de uitwisseling van informatie van justitie en politie in het kader van de derde pijler speelt het wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten nog een bijzondere rol. In beginsel gaat het om vertrouwelijke en beveiligde gegevens die – vaak – door de politie zijn verzameld en bewerkt met het oog op een bepaalde strafzaak. Uitwisseling van die gegevens met een andere lidstaat betekent dat men niet meer kan vertrouwen op de eigen autoriteiten – onderworpen aan de eigen wetgeving – om die vertrouwelijkheid en beveiliging te garanderen. Het vergt het daadwerkelijke vertrouwen in collega's in een andere lidstaat, die men vaak niet zal kennen en die ook nog een andere taal spreken.

2.2. *Het perspectief van de betrokken burger*

11. De betrokken burger moet erop kunnen vertrouwen dat de uitwisseling van informatie tussen de politieke en justitiële diensten van de lidstaten hem niet schaadt in de uitoefening van zijn rechten. Dit betekent twee dingen. In de eerste plaats gaat het hier om een rechtsterrein waar als gezegd de verschillen tussen de rechtsstelsels van de lidstaten groot zijn. Dit geldt zowel het materiële als het formele strafrecht. Uitwisseling van informatie tussen twee of meer lidstaten mag er niet toe leiden dat de burger nog slechts wordt beschermd op het laagste niveau van de betrokken lidstaten (wat zelfs zou kunnen leiden tot de befaamde 'race to the bottom'¹⁹). Om die reden bevatten de verschillende (voorstellen voor) kaderbesluiten conflictregels die bepalen welk recht van toepassing is. In een enkel geval moet de uitwisseling zelfs voldoen aan het nationale recht in meer dan één lidstaat, waardoor voor de betrokken burger een hoog beschermingsniveau geldt.²⁰ In de tweede plaats brengt

de uitwisseling zelf risico's mee voor de burger. Het is niet bij voorbaat duidelijk welke lidstaat verantwoordelijk is voor de kwaliteit en beveiliging van informatie en voor het toezicht daarop. Evenmin staat vast in welke lidstaat de burger een effectief beroep in rechte kan doen. De casus die ten grondslag ligt aan het arrest Commissie/ Spanje²¹ is wat dit betreft illustratief. Het betrof twee Algerijnse onderdanen, aan wie de Spaanse autoriteiten de toegang tot de Schengen-ruimte hadden geweigerd aangezien een signalement van hen was opgenomen in het SIS. Uit het arrest blijkt dat één van hen de toegang werd geweigerd nadat hij was aangekomen op het vliegveld van Barcelona. Op grond van de Schengen Uitvoerings Overeenkomst (verder: SUO) is alleen de signalerende staat, in casu Duitsland, verantwoordelijk voor de juistheid en actualiteit van de gegevens alsmede voor de rechtmatige opname van de gegevens in het SIS, en is alleen deze staat bevoegd deze gegevens te wijzigen, aan te vullen, te verbeteren of te verwijderen. Andere overeenkomstsluitende staten moeten automatisch de toegang weigeren aan deze gesignaleerde vreemdeling. Dit automatisme is, zo stelt het Hof nog, de uitdrukking van het beginsel van samenwerking tussen de overeenkomstsluitende staten. Kortom, de betrokkenen mogen Spanje niet in en kunnen daartegen niet effectief opkomen bij de Spaanse autoriteiten.

2.3. *De constitutionele dimensie*

12. Art. 1 lid 3 van het kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel²² vormt een illustratie dat wederzijds vertrouwen een rechtstreeks verband houdt met de eerbiediging van de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen. In 2005 heeft het Bundesverfassungsgericht de Duitse omzettingwet nietig verklaard omdat deze wet onvoldoende recht doet aan het nationale grondwettelijk verbod Duitse onderdanen uit te leveren.²³ Dit arrest laat zien dat de samenwerking

15 Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, *PbEG* L 190/1. De implementatie van dit kaderbesluit was een moeizaam proces (zie daarover: 'Report on the implementation of the Hague Program in 2005', aangehaald in voetnoot 3).

16 Dit is vereist overeenkomstig het arrest *Gözütük en Brügge*.

17 Zie in het bijzonder art. 1 lid 2 kaderbesluit.

18 E. Guild, 'Crime and EU's Constitutional Future in an Area of Freedom, Security and Justice', *ELR* 2004, p. 218-234 (in het bijzonder p. 227).

19 Zie Barents, *SEW* 2006, 90, punt 19 (over het tolereren van inferieur recht van andere lidstaten) en punt 22 (over de 'race to the bottom').

20 Zie bijvoorbeeld art. 7 Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad betreffende de organisatie en de inhoud van uitwisselingen van gegevens uit het strafregister tussen de lidstaten (COM(2005)690 def.). Het advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (punt 38 van het advies van 29 mei 2006, gepubliceerd op www.edps.europa.eu) zet uiteen dat bij gebruik van informatie uit strafregisters voor andere doelen dan strafprocedures het recht van drie lidstaten cumulatief van toepassing kan zijn.

21 HvJ EG 31 januari 2006, zaak C-503/03 (n.n.g), in het bijzonder de punten 29-37. Aangezien de betrokken onderdanen van derde landen gehuwd waren met burgers van de Unie kwam het Hof uiteindelijk tot een voor hen positieve afweging. Zie ook punt 13.

22 Aangehaald in voetnoot 15. De bepaling moet waarborgen dat de rechten en beginselen zoals die zijn neergelegd in art. 6 EU-Verdrag niet worden aangetast. Zie over deze bepaling ook punt 43.

23 Arrest van 18 juli 2005, 2 *BvR* 2236/04.

tussen de lidstaten in het kader van de derde pijler kan stuiten op een in een grondwet verankerd gebrek aan vertrouwen in het rechtssysteem van een andere staat. Ook de uitwisseling van informatie volgens het beschikbaarheidsbeginsel²⁴ zou om vergelijkbare redenen kunnen stuiten op grondwettelijke bezwaren in Duitsland of in andere lidstaten aangezien een lidstaat bij dergelijke uitwisseling geen controle heeft over de toegang tot en het gebruik van door politie en justitie verzamelde persoonsgegevens. Zo heeft het Bundesverfassungsgericht bepaald dat het ontnemen en onderzoeken van lichaamsmateriaal (DNA) stuit op het in de Duitse Grondwet verankerde recht op informatiele zelfbeschikking. Dit heeft tot gevolg dat dit materiaal slechts onder strenge voorwaarden in een strafprocedure mag worden gebruikt. In ieder geval moet zijn voldaan aan eisen van evenredigheid, hetgeen het gebruik van dit materiaal voor minder ernstige delicten onmogelijk maakt.²⁵

13. Voor de betrokken burger houdt de constitutionele dimensie in dat hij moet kunnen vertrouwen op de bescherming van zijn fundamentele rechten zoals onder meer vastgelegd in het EVRM en het Handvest voor de grondrechten van de Unie. De bescherming van deze rechten lijkt ook in de rechtspraak van het Hof een steeds prominentere plaats in te nemen.²⁶ Waar het gaat om uitwisseling van informatie tussen de lidstaten, valt in het bijzonder te denken aan:

- het recht op een doeltreffende bescherming in rechte zoals vastgelegd in art. 6 EVRM en art. 47 Handvest. Het belang daarvan is treffend geïllustreerd door de casus van het arrest Commissie/Spanje (zie punt 11 hierboven). Overigens bevat art. III SUO een specifieke voorziening die beoogt doeltreffende rechtsbescherming te bieden. Een ieder kan zich in alle Schengen-landen tot de rechter wenden wegens een hem betreffende signalering in het SIS en de signalerende staat is verplicht een onherroepelijke uitspraak van een rechter in een andere staat ten uitvoer te leggen.²⁷ Dit is een belangwekkende bepaling, maar deze neemt het probleem geschetst in punt 11 niet volledig weg;
- het recht op eerbiediging van het privéleven (art. 8 EVRM en art. 7 Handvest) en op de bescherming van persoonsgegevens (art. 8 Handvest). Bij wijze van illustratie zij verwezen naar de subjectieve rechten die deel uitmaken van het fundamentele recht op bescherming van persoonsgegevens, zoals het recht van een persoon op toegang tot over hem (of haar) verwerkte gegevens en zijn recht zich tegen de verwerking van gegevens te verzetten.²⁸ Uit de aard der zaak zijn deze rechten in de sfeer van politie en justitie aan de nodige beperkingen onderworpen. De arresten van het Gerecht over de beperkende maatregelen met het oog op de terrorismebestrijding tonen aan hoe ver die beperkingen onder omstandigheden kunnen gaan. In het arrest Ahmed Ali Yusuf stelt het Gerecht: ‘De mogelijkheid voor verzoekers om naar behoren hun opmerkingen kenbaar te maken over de realiteit en de relevantie van de feiten op grond waarvan hun tegoeden zijn bevroren, en nog meer over de tegen hen in aanmerking genomen bewijzen, (lijkt) zonder meer uitgesloten.’ Het Ge-

recht is ‘echter van oordeel dat de eerbiediging van de fundamentele rechten van de belanghebbenden niet verlangt dat de tegen hen in aanmerking genomen feiten en bewijzen aan hen worden meegegeeld’.²⁹ Deze redenering van het Gerecht illustreert paradoxaal genoeg het belang van de bescherming van de fundamentele rechten. Indien een zo verregaande beperking van deze rechten wordt aanvaard, dan moet er in ieder geval effectief op kunnen worden toegezien dat één en ander niet leidt tot een volledige uitholling van de rechten.

3. De voornaamste gebreken in de derde pijler

14. In haar mededeling van 28 juni 2006³⁰ somt de Commissie de gebreken in de derde pijler als volgt op: het bestaan van specifieke wetgevende instrumenten hetgeen de implementatie compliceert, onvoldoende bevoegdheden voor het Europees Parlement, het unanimitateitsvereiste, gedeeld initiatiefrecht van Commissie en lidstaten, beperkte bevoegdheid voor het Hof en ontbreken van de actie wegens verdragsinbreuk (overeenkomstig art. 226 EG). In wezen is deze opsomming het resultaat van de vergelijking tussen de derde pijler en de eerste pijler.³¹ De weergave hieronder is vooral gericht op de specifieke behoefte in de derde pijler: in hoeverre kan het instrumentarium van de derde pijler ertoe bijdragen dat samenwerking mogelijk wordt op basis van wederzijds vertrouwen? (zie hierboven, punt 5).

²⁴ Zie ook punten 52 en 53. Het gaat erom dat bij een ongeclausuleerde toepassing van dit beginsel de lidstaat van oorsprong geen zeggenschap heeft over het gebruik van gegevens in andere lidstaten.

²⁵ O.a. arrest van 14 december 2000, *BvR 1741/99*.

²⁶ Zie in dit verband bijvoorbeeld HvJ EG 27 juni 2006, zaak C-540/03, *Europees Parlement/Raad*, inzake de richtlijn op het recht op gezinshereniging. In dit arrest toetst het Hof uitvoerig aan het EVRM en het kent enige juridische waarde toe aan het Handvest. Verder zij verwezen naar Douglas-Scott, ‘A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis’, *CML Rev.* 43: 629-665, 2006.

²⁷ Deze bepaling is recentelijk toegepast door de rechtbanken van Haarlem (beschikkingen van 6 december 2005, 111842/HA RK 05-44) en Alkmaar (beschikking van 10 november 2005, 79543/HA RK 05-14). In de beschikkingen werd Spanje verplicht de signaleringen van bepaalde personen te verwijderen.

²⁸ Zie bijv. art. 12 respectievelijk art. 14 van Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG* 1995 L 281/31.

²⁹ GvEA 21 september 2005, zaak T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf e.a./Commissie en Raad*, punten 319 en 320. De overwegingen van het Gerecht verwijzen overigens niet naar de Europese regels inzake gegevensbescherming, maar gaan daar inhoudelijk wel over. Dit arrest wordt besproken door C. Tomuschat in *CML Rev.* 43: 537-551, 2006 (overigens vooral in verband met de doorwerking van VN-besluiten in het EU-recht).

³⁰ Mededeling ‘Implementing The Hague Programme: the way forward’ aangehaald in voetnoot 3, par. 3.1 van de mededeling.

³¹ Het gebruikelijke communautaire instrumentarium, los van specifieke beperkingen in het EG-Verdrag zelf, zoals bijvoorbeeld in het derde deel, Titel IV.

3.1. Een ruime rechtsgrondslag

15. De bevoegdheden voor wetgevend optreden in de derde pijler zijn beperkt geformuleerd in art. 29-32 EU. Dit geldt vooral voor de bevoegdheden die expliciet voorzien in de harmonisatie van nationale wettelijke bepalingen, zoals bijvoorbeeld art. 31 lid 1 onder e) dat is beperkt tot 'minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de georganiseerde criminaliteit, terrorisme en illegale drugshandel'. In die zin lijken de bevoegdheden in de derde pijler van geheel andere aard dan de algemeen geformuleerde bevoegdheden in het EG-Verdrag. Het volstaat te verwijzen naar art. 95 EG (interne markt), maar bijvoorbeeld ook de bevoegdheid om op milieuterrein regels te stellen overeenkomstig art. 174 en 175 EG is zeer algemeen. De bevoegdheden in de derde pijler lijken eerder vergelijkbaar aan de bevoegdheden ex art. 63 EG voor wetgevend optreden op het gebied van asiel en immigratie, waar van geval tot geval moet worden beoordeeld of er een voldoende rechtsgrondslag is voor een voorstel voor regelgeving. Bij nader inzien echter gaan de bevoegdheden in de derde pijler een stuk verder dan op het eerste gezicht lijkt. Ik betoogde dit eerder in mijn bijdrage aan de bundel *De EU, de interstatelijkheid voorbij?*³² Art. 29-32 EU zijn geen programma voor wetgeving³³ hetgeen ook uit de praktijk blijkt. Een goed voorbeeld is het Kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure.³⁴ Dit kaderbesluit is niet op een specifiek onderdeel van art. 31 EU terug te voeren, zoals ook wordt geïllustreerd door de algemene verwijzing naar dit artikel in de preambule.

16. In de zaak Pupino heeft A-G Kokott in enige korte overwegingen uiteengezet³⁵ waarom volgens haar dit kaderbesluit voldoende rechtsbasis heeft. Om te beginnen is de opsomming in art. 31 EU niet limitatief en moet worden gekeken naar de algemene doelstellingen van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken die beoogt de burger een hoog niveau van zekerheid te verschaffen. Vervolgens voert zij drie redenen aan waarom er volgens haar een rechtsbasis bestaat voor regels ter bescherming van het slachtoffer in de strafprocedure. Ten eerste is de bescherming van het slachtoffer belangrijk voor de zekerheid van de burger,³⁶ ten tweede kunnen de gemeenschappelijke regels de justitiële samenwerking aanmoedigen aangezien het bewijs dat slachtoffers in een strafprocedure leveren bruikbaar is in alle lidstaten en ten derde voorkomt het unanimititeitsvereiste in de derde pijler dat lidstaten zonder hun instemming worden onderworpen aan wetgeving van de Unie. Eerlijk gezegd vind ik de redenering van de advocaat-generaal wat gezocht (dit geldt zeker de derde reden die zij noemt), maar ik ben het wel eens met haar uitgangspunten: de rechtsgrondslag is ruim en de inhoud van art. 29 EU is bepalend. Art. 29 e.v. bevatten een algemene bevoegdheid om regels te stellen met betrekking tot de samenwerking van de autoriteiten van de lidstaten, als instrument ter bevordering van het wederzijds vertrouwen en met het oog op de doelstelling van art. 29 eerste alinea.

17. Ten aanzien van de harmonisatie van materiële en formele strafwetgeving maakt Weyembergh een relevant onderscheid, namelijk tussen de ondersteunende en de

autonome functie van harmonisatie.³⁷ Naar mijn oordeel is binnen de derde pijler harmonisatie van wetgeving mogelijk ter ondersteuning van de maatregelen inzake nauwere samenwerking overeenkomstig art. 29 EU. Daarnaast voorziet de derde pijler in autonome harmonisatie. Dit betreft natuurlijk primair art. 31 lid 1 onder e) waarnaar expliciet wordt verwezen in art. 29. Echter, ook art. 31 lid 1 onder c) en art. 30 lid 1 onder b) bevatten expliciete bevoegdheden tot harmonisatie. In de gevallen waarin de Europese wetgever uitvoering geeft aan deze bepalingen mag worden verondersteld dat is voldaan aan art. 29 EU. Natuurlijk valt de tegenwerping te maken dat een dergelijke ruime uitleg van de bevoegdheden in de derde pijler afbreuk doet aan de beperkte bereidheid bij de (verdragssluitende) lidstaten om op dit terrein bevoegdheden over te dragen naar het niveau van de EU. Echter, de Uniewetgever heeft zelf, door een kaderbesluit aan te nemen over de status van het slachtoffer in de strafprocedure, een nog ruimere uitleg gegeven. De kern van dit kaderbesluit is immers de harmonisatie van een onderdeel van het strafprocesrecht, hetgeen niet expliciet is voorzien in het EU-Verdrag.

18. Tot slot wijs ik nog op de beperking in art. 29 EU tot de samenwerking tussen autoriteiten van de lidstaten. Het lijkt evident dat art. 29 niet alleen ziet op politie, justitie en douane maar zich ook richt op andere autoriteiten van de lidstaten, voor zover deze verantwoordelijkheden hebben toebedeeld gekregen op het terrein van de strafrechtelijke rechtshandhaving of daaraan hun medewerking (moeten) verlenen. Te denken valt bijvoorbeeld aan bijzondere opsporingsdiensten of de Belastingdienst. Minder evident is echter of art. 29 EU ook geacht wordt betrekking te hebben op: de samenwerking tussen autoriteiten binnen een lidstaat, de samenwerking met autoriteiten van derde landen en de samenwerking met private partijen die meewerken aan de strafrechtelijke rechtshandhaving. Een paar korte opmerkingen daarover.

- Er bestaat langzamerhand consensus dat in de derde pijler regels kunnen worden gesteld die betrekking hebben op de interne situatie van de lidstaten, mits functioneel voor de strafrechtelijke samenwerking.³⁸
- De samenwerking met derde landen is een belangrijk punt van discussie bij de behandeling van het voorstel van het kaderbesluit gegevensbescherming in de derde pijler. Het Commissievoorstel bevat een bepaling daarover en er is geen reden de rechtsgrondslag te betwisten, mits enig verband bestaat met de

32 H. Hijmans, 'Interstatelijkheid in ontwikkeling: de "zuiver interne situatie" verliest aan betekenis', in: E.R. Manunza & L.A.J. Senden (red.), *De EU, de interstatelijkheid voorbij?*, Wolf Legal Publisher 2006. Ik bouw hier verder op de gedachten ontwikkeld ten behoeve van dat artikel.

33 Men zou art. 63 EG wel als zodanig kunnen zien.

34 Kaderbesluit van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, *PbEG* 2001 L 82/1.

35 Zie de punten 48-52 van de conclusie in zaak C-105/03 (zie voetnoot 50). Het Hof besteedt in het arrest geen aandacht aan de rechtsgrondslag.

36 Dit is de doelstelling genoemd in de eerste alinea van art. 29 EU.

37 Weyembergh, o.c., p. 1574 e.v.

38 In die zin heeft de juridische dienst van de Raad ook geadviseerd, ten behoeve van de behandeling van het voorstel van het kaderbesluit gegevensbescherming in de derde pijler.

samenwerking tussen de lidstaten. Titel VI EU-Verdrag voorziet voorts expliciet in de bevoegdheid tot het sluiten van overeenkomsten met derde landen.³⁹

- De samenwerking met private partijen doet vragen rijzen over de afbakening tussen de eerste en derde pijler en komt hieronder in dat kader aan de orde.

3.2. *De rechtsgrondslagen: ontbreken van een Europees handhavingsapparaat*

19. Een Europees handhavingsapparaat ontbreekt. Bij de huidige stand van de Europese integratie is de handhaving van het recht van de Europese Unie een zaak van de lidstaten. In die zin onderscheidt het recht van de derde pijler zich niet van het gemeenschapsrecht. Het is niet meer dan logisch dat de rechtshandhaving niet wordt overgeheveld naar het centrale Europees niveau. Overheveling zou niet goed passen bij een Europese Unie die juist dichterbij de burger moet worden gebracht en zou het evenwicht tussen de bevoegdheden van de lidstaten en de Europese Unie wezenlijk aantasten.⁴⁰ Op het terrein van het strafrecht zou één en ander ook nog gepaard moeten gaan met een bevoegdheid dwangmiddelen te gebruiken, waaronder geweld en daarmee het geweldsmonopolie van nationale staten – een kern-element van de nationale soevereiniteit – doorbreken.⁴¹

20. Het ontbreken van een Europees handhavingsapparaat vergemakkelijkt de doeltreffendheid van het optreden van de EU-wetgever niet. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de eerste stappen zijn gezet voor Europese structuren, die er op dit moment overigens vooral op zijn gericht de samenwerking tussen de autoriteiten van de lidstaten te vergemakkelijken. De taken van Europol en Eurojust,⁴² genoemd in het EU-Verdrag, zien daarop en omvatten onder meer de uitwisseling van informatie.⁴³ Daarnaast zijn (en worden) andere grootschalige informatiesystemen opgezet, met Europese en nationale componenten (het SIS, Eurodac en het voorziene Visum Informatie Systeem⁴⁴) ter ondersteuning van de informatie-uitwisseling tussen de lidstaten. Echter, deze systemen kunnen slechts in beperkte mate de leemte opvullen die het gevolg is van het ontbreken van een Europese handhavingsautoriteit.⁴⁵

3.3. *Effectiviteit en proportionaliteit: beperkt gebruik van de rechtsgrondslagen*

21. Niettegenstaande het hoge ambitieniveau van Tampere⁴⁶ en later het Haags Programma is het gebruik van het juridisch instrumentarium in de derde pijler beperkt. Dat lijkt het gevolg van de beperkte bereidheid bij de lidstaten om ook daadwerkelijk wetgevende bevoegdheden op gevoelige gebieden over te dragen. Ook het unanimitetsvereiste in de derde pijler helpt daarbij niet. Afgaande op de mededelingen van de Commissie van 28 juni 2006⁴⁷ gaat de besluitvorming in de Raad vaak traag en wordt een resultaat bereikt op het niveau van de laagste gemeenschappelijke standaard. Als voorbeeld noemt de Commissie de gang van zaken rond het Europees bewijsverkrijgingsbevel.⁴⁸ Het kaderbesluit gegevensbescherming in de derde pijler lijkt een zelfde lot te wachten te staan.⁴⁹ Ook het niveau van de implemen-

tatie van reeds aangenomen wetgeving is, zo stelt de Commissie, teleurstellend. Voor de Commissie is het natuurlijk nog teleurstellender dat zij geen middel heeft om bij nalatigheid van de lidstaten een zaak aan het Hof voor te leggen (zie verder punt 26).

22. Dit beeld staat in contrast met de ontwikkeling dat de derde pijler steeds meer een normaal Europeesrechtelijk rechtsgebied is geworden zoals geïllustreerd door het arrest Pupino.⁵⁰ Prechal spreekt in dit verband van de communautarisering van de derde pijler.⁵¹ Indien men kijkt naar wat dan wel tot stand wordt gebracht, vallen twee dingen op. In de eerste plaats is er een zekere discrepantie met de geformuleerde ambities die vooral wederzijdse erkenning op het oog hebben, terwijl een aanzienlijk deel van de tot stand gebrachte kaderbesluiten juist harmonisatie van de materiële strafwetgeving tot onderwerp hebben.⁵² In de tweede plaats lijkt de realisering van een deel van het wetgevingsprogramma sterk gedreven door de actualiteit, veelal de nasleep van terroristische aanslagen. In dit verband stelt Mos terecht de vraag of het Europees bewijsverkrijgingsbevel wel een nuttig instrument is, terwijl het misschien beter zou zijn eerst de reeds aangenomen maar nog niet van kracht zijnde instrumenten in werking te doen treden.⁵³

39 Zie voor de ruimte die daarnaast voor de lidstaten bestaat de bespreking van het Prüm-verdrag hieronder.

40 Zie hierover meer uitgebreid L.A. Geelhoed & H. Hijmans, 'Het rechterlijk toezicht op de uitvoering van het gemeenschapsrecht in een Europabrede Unie', *SEW* 2002, p. 407 e.v.

41 Zie ook punt 10.

42 De voornemens om op termijn Eurojust te doen uitgroeien tot een Europese aanklager, zoals onder meer neergelegd in art. III-274 Grondwettelijk Verdrag, blijven buiten beschouwing.

43 Zie bijvoorbeeld art. 3 Europol-Overeenkomst (*PbEG* 1995 C 316/2) en art. 13 besluit van de Raad van 28 februari 2002 betreffende de oprichting van Eurojust teneinde de strijd tegen ernstige vormen van criminaliteit te versterken (*PbEG* 2002 L 63/1).

44 Het SIS is thans geregeld in de Schengen Uitvoerings Overeenkomst (zie voor SIS II de voorstellen genoemd in voetnoot 11). Eurodac is opgericht bij Verordening (EG) nr. 2725/2000 van de Raad van 11 december 2000 betreffende de instelling van 'Eurodac' voor de vergelijking van vingerafdrukken ten behoeve van een doeltreffende toepassing van de Overeenkomst van Dublin (*PbEG* L 316/1). Het VIS is voorzien op basis van het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het visuminformatiesysteem (VIS) en de uitwisseling tussen de lidstaten van informatie op het gebied van visa voor kort verblijf (COM (2004)835 def.).

45 Zie, met name over het SIS, ook punten 55 e.v.

46 Zie Conclusies van de Europese Raad van 15 en 16 oktober 1999.

47 Zie de beide mededelingen vermeld in voetnoot 3.

48 Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures (COM(2003)688 def.).

49 De geringe spoed die de Raad betracht, is de Libe-Commissie van het Europees Parlement en in het bijzonder de rapporteur Roure een doorn in het oog. In de derde pijler echter is de macht van het EP beperkt.

50 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *Pupino*. Dit arrest speelt een belangrijke rol in de preadviezen van Barents (zie bijv. *SEW* 2006, 90, par. 5, De communautaire aard van het derdepijlerrecht) en van mijzelf.

51 S. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie*, Groningen: European Law Publishing 2006, p. 22.

52 Volgens Eurlex zijn tot nog toe (augustus 2006) achttien kaderbesluiten totstandgekomen. Daarvan geven elf geheel en één gedeeltelijk uitvoering aan art. 31 lid 1 onder e) EU.

53 M.R.B. Mos, 'Is het kaderbesluit betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel doeltreffend', *NTER* 2005, p. 191.

3.4. *De context: uiteenlopend nationaal recht*

23. Het recht van de lidstaten op het gebied van het materiële en formele strafrecht loopt sterk uiteen, waarbij de verschillen in de sfeer van de strafvordering aanzienlijk belangrijker zijn dan die in het materiële strafrecht. In de sfeer van het materiële strafrecht heeft het beginsel van dubbele strafbaarheid vaak een belemmerende rol gespeeld doch het belang daarvan wordt om twee redenen minder. In de eerste plaats hechten de lidstaten minder aan het principe van dubbele strafbaarheid. In het kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel is dat principe verlaten. In de tweede plaats bestaat de behoefte aan strafrechtelijke samenwerking juist voor delicten die in alle lidstaten strafbaar zijn, zoals de delicten opgenomen in art. 2 lid 2 van genoemd kaderbesluit.

24. Op het gebied van het formele strafrecht leidt het uiteenlopen van rechtssystemen ertoe dat voor de uitwisseling van informatie aanvullende maatregelen moeten worden genomen. Een recent voorstel van de Commissie over de uitwisseling van informatie uit strafregisters is een goed voorbeeld.⁵⁴ Er bestaan tussen de lidstaten grote verschillen tussen de inhoud van de strafregisters en het gebruik dat van strafregisters mag worden gemaakt, vooral buiten het kader van gerechtelijke procedures. Te denken valt aan de vraag of informatie uit een strafregister mag worden opgevraagd ten behoeve van een sollicitatieprocedure. Het is dan ook nodig procedureregels vast te stellen ten behoeve van de uitwisseling van informatie uit een strafregister met een andere lidstaat. In die regels moet onder meer worden vastgelegd welk recht van toepassing is op het gebruik van die informatie, de autoriteit van welke lidstaat verantwoordelijk is voor de actualisering van de informatie en onder welk toezichtsregime de gegevens vallen. Los van het uiteenlopen van nationale rechtsstelsels wordt de zaak natuurlijk nog gecompliceerder door het gebruik van verschillende talen – dat het moeilijk kan maken een strafregister van een andere lidstaat te begrijpen – en van uiteenlopende technische systemen die online uitwisseling bemoeilijken.

3.5. *Democratische en rechtsstatelijke randvoorwaarden: beperkte bevoegdheden Commissie, Parlement en Hof*

25. Het EG-Verdrag voorziet in checks and balances (het 'institutioneel evenwicht') die in de derde pijler ontbreken. De bevoegdheden van de instellingen die worden geacht het communautaire belang in het oog te houden of althans de Europese burger te vertegenwoordigen (Commissie, Europees Parlement en Hof van Justitie) zijn beperkt. De macht ligt bij de Raad of, anders gezegd, bij de lidstaten.

26. Wat betreft de Commissie komen de beperkingen op twee plaatsen tot uitdrukking. In de eerste plaats deelt de Commissie het initiatiefrecht met de lidstaten die ook regelmatig van hun initiatiefrecht gebruikmaken. Anders dan is voorzien in de bepalingen inzake de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht in de eerste pijler⁵⁵ heeft het initiatiefrecht van de lidstaten een permanent karakter. In de tweede plaats ontbreekt de inbreukprocedure van art.

226 EG, waardoor de Commissie geen harde instrumenten in handen heeft voor het toezicht op de implementatie door de lidstaten. De Commissie acht zoals gezegd het niveau en tempo van de implementatie in algemene zin dan ook teleurstellend. Zij kan daar echter zelf niet echt iets aan doen, behalve de lidstaten er publiekelijk op te wijzen dat zij tekortschieten en bijvoorbeeld te verwijzen naar het belang van een deugdelijke implementatie voor de bestrijding van het terrorisme.⁵⁶

27. Ook de democratische politieke controle schiet tekort, nu het Europees Parlement slechts een adviserende functie heeft. Art. 39 EU bepaalt dat de Raad het Parlement moet raadplegen voordat hij de bindende besluiten neemt als bedoeld in art. 34 (b), (c) en (d). Deze verplichting bestaat niet bij het sluiten van een overeenkomst met één of meer derde landen of een internationale organisatie op basis van art. 38 EU. Het bijzondere is dat juist deze laatste rechtsbasis wordt gekozen voor de nieuwe overeenkomst met de Verenigde Staten over PNR.⁵⁷ Het resultaat van de toewijzing door het Hof van de verzoeken van het Europees Parlement met als gevolg de vernietiging van de oorspronkelijke PNR-besluiten is dus dat het Europees Parlement geheel buitenspel staat. Dit geldt overigens ook het Hof zelf, aangezien de prejudiciële procedure voorzien in art. 35 lid 1 EU geen betrekking lijkt te kunnen hebben op de overeenkomsten als bedoeld in art. 38 EU.⁵⁸

28. Tot slot de rechtsstatelijke randvoorwaarden. Daarmee is het niet goed gesteld in de derde pijler. De bevoegdheid van het Hof op grond van art. 35 EG is aanzienlijk beperkter dan in de eerste pijler. Zo hebben medio 2006 slechts veertien lidstaten op basis van art. 35 lid 2 verklaard de jurisdictie van het Hof te aanvaarden. Het hoeft geen betoog dat op het terrein van de derde pijler de behoefte aan rechtsbescherming juist extra groot is, gelet op de fundamentele rechten van burgers die in het geding zijn. De burger heeft recht op effectieve bescherming, terwijl de verdragen juist daar hiaten vertonen. Een probleem is natuurlijk ook dat de omzettingplicht voor de lidstaten onvolledig is doordat als gezegd de inbreukprocedure ontbreekt. Dat is des te vervelender op punten waar het optreden van de Europese wetgever juist strekt ter bescherming van de burger.⁵⁹

3.6. *Conclusie*

29. Deze paragraaf laat zien dat Titel VI EU-Verdrag een voldoende rechtsgrondslag biedt om samenwerking

⁵⁴ Aangehaald in voetnoot 20.

⁵⁵ Derde deel Titel IV EG-Verdrag.

⁵⁶ Mededeling van de Commissie van 28 juni 2006, 'Report on the implementation of the Hague Programme for 2005' (zie voetnoot 3), punt 73.

⁵⁷ Zie uitgebreid punten 31 e.v.

⁵⁸ De Nederlandse taalversie is op dit punt niet geheel duidelijk, aangezien zowel art. 34 EU als art. 38 EU de term 'overeenkomst' hanteren. Hetzelfde geldt voor de Franse taalversie die in beide gevallen de term 'accord' gebruikt. Een kort onderzoekje leert dat niet alleen de Engelse taalversie, maar ook de Duitse en de Italiaanse verschillende termen hanteren.

⁵⁹ Het arrest Pupino laat overigens zien dat de slachtoffers van mishandeling zich soms toch terdege op het EU-recht kunnen beroepen, ook bij niet omzetting.

tussen politie en justitie van de lidstaten tot stand te brengen en daarmee overeenkomstig art. 29 EU de burgers in een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid een hoog niveau van zekerheid te verschaffen. Echter, deze paragraaf laat ook zien dat het desondanks niet vanzelf spreekt dat dit niveau van zekerheid ook kan worden bereikt. De handhaving geschiedt door de nationale autoriteiten die zijn gebonden aan de landsgrenzen, het gebruik van de rechtsgrondslagen is beperkt (zeker gelet op de geformuleerde ambities), de context met sterk uiteenlopend nationaal strafrecht is een gecompliceerde factor en – last but not least – de bevoegdheden van Commissie, Parlement en Hof zijn te beperkt.

30. Kortom, er is zeker reden de vraag op te werpen in welke mate strafrechtelijke bevoegdheden moeten worden overgedragen naar het Europese niveau. Eerst zal toch tenminste moeten worden voorzien in passende (democratische) controle en rechtsbescherming. Bij deze vaststelling wil ik het echter niet laten. De Unie heeft hoge ambities met de strafrechtelijke samenwerking en heeft deze met reden. Ik verwees eerder naar Barents die de Europese aanpak als onomkeerbaar kenschetst. Hier stuiten we op een essentieel probleem: enerzijds is de inzet van het rechtskader van de derde pijler noodzakelijk, anderzijds schiet dit rechtskader op democratische en rechtsstatelijke gronden tekort.

4. Afbakening tussen de eerste en derde pijler⁶⁰

4.1. Het PNR-arrest

31. Het is verleidelijk in deze paragraaf een centrale plaats in te ruimen voor het PNR-arrest van het Hof.⁶¹ In de eerste plaats heeft dit arrest betrekking op de uitwisseling van voor de opsporing van strafbare feiten relevante persoonsgegevens (weliswaar niet tussen de autoriteiten van de lidstaten, maar tussen Europese bedrijven en de Amerikaanse autoriteiten) en in de tweede plaats brengt het arrest haarscherp aan het licht dat tussen de bevoegdheden op basis van de eerste pijler en op basis van de derde pijler een juridische lacune dreigt te ontstaan.⁶²

32. Ik zal die verleiding niet weerstaan en mijn betoog toespitsen op het tweede genoemde punt. Wat was er aan de hand? Het Hof heeft zich uitgesproken over een besluit van de Raad en een besluit van de Commissie die ertoe strekten Europese luchtvaartmaatschappijen te verplichten passagiersgegevens door te geven aan Amerikaanse douaneautoriteiten of zelfs deze autoriteiten toegang te verlenen tot hun gegevensbestanden⁶³ als zij naar, vanuit of over Amerika vliegen. Voor de Verenigde Staten was dit systeem van belang in verband met de aanslagen van 11 september 2001 en de daaropvolgende strijd tegen het terrorisme. Voor de Europese Unie echter was dit systeem problematisch, aangezien de Europese luchtvaartmaatschappijen gebonden waren aan nationale wetgeving ter implementatie van Richtlijn 95/46/EG inzake de verwerking van persoonsgegevens.⁶⁴ In deze richtlijn is bepaald dat het doorgeven van gegevens aan een derde land alleen is toegestaan onder strenge

voorwaarden. Althans, deze binding aan de richtlijn was het uitgangspunt van de – ingewikkelde – juridische constructie die Raad en Commissie hadden opgezet teneinde het verschaffen van de passagiersgegevens aan de Amerikanen mogelijk te maken. Art. 25 van de richtlijn bepaalt namelijk dat persoonsgegevens slechts naar een derde land mogen worden doorgegeven indien dat land een passend beschermingsniveau waarborgt. In verband met deze eis hadden Raad en Commissie een pakket van maatregelen genomen (waaronder een akkoord tussen de Gemeenschap en de Verenigde Staten) dat zou moeten garanderen dat de passagiersgegevens die aan de Amerikaanse autoriteiten zouden moeten worden doorgegeven aldaar in voldoende mate worden beschermd. Het geschil bij het Hof ging in belangrijke mate over de vraag of dat pakket inderdaad de door de richtlijn vereiste bescherming bood.

33. Verrassenderwijs echter komt het Hof tot de conclusie dat de richtlijn helemaal niet van toepassing is en dat de luchtvaartmaatschappijen zonder problemen voortvloeiend uit het Europees recht de betreffende gegevens aan de Amerikaanse autoriteiten kunnen doorgeven.⁶⁵ Over dit gevolg is al veel gezegd en de overwinning van het Europees Parlement in de Hofprocedure – conform de conclusies van het Parlement zijn de besluiten vernietigd – is gekenschetst als ‘pyrrusoverwinning’⁶⁶ of als ‘het Europees Parlement schiet zichzelf in de voet’.⁶⁷ Het Hof baseerde zijn oordeel op art. 3 lid 2 eerste streepje van de richtlijn zelf. Volgens die bepaling is de richtlijn ‘niet van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens die met het oog op de uitoefening van niet binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallende activiteiten geschiedt zoals die bedoeld in de titels V en VI van het Verdrag betreffende de Europese Unie, en in ieder geval verwerkingen die betrekking hebben op de openbare veiligheid, defensie, de veiligheid van de staat en de activiteiten van de staat op strafrechtelijk gebied’.⁶⁸

60 Ik laat het vraagstuk van de afbakening tussen de tweede en de derde pijler buiten beschouwing, hoewel de tweede pijler zeker een rol speelt bij de uitwisseling van informatie van politie en justitie. Zo zijn de gemeenschappelijke standpunten van de Raad ter uitvoering van de 11 september-resoluties van de Veiligheidsraad zowel op de tweede als de derde pijler gebaseerd. Zie de Gemeenschappelijke standpunten van de Raad van 27 december 2001 inzake terrorismebestrijding (*PbEG* L 344/90) en betreffende de toepassing van specifieke maatregelen ter bestrijding van het terrorisme (*PbEG* L 344/93).

61 Zie voetnoot 8. Bij deze zaak was ikzelf betrokken als agent van de Europese toezichthouder voor de gegevensbescherming.

62 Zie over dit arrest (en ook over de lacune) ook E. Guild & E. Brouwer, ‘The Political Life of Data’, juli 2006; te downloaden van www.ceps.be.

63 Over dat verschil tussen (actief) doorgeven en (passief) toegang verlenen, in het jargon ‘push’ of ‘pull’, was in deze zaak veel te doen, in verband met de bescherming van persoonsgegevens. Indien de Amerikaanse autoriteiten rechtstreeks toegang hebben, is niet na te gaan welke gegevens nu precies met de Amerikaanse autoriteiten worden uitgewisseld, hetgeen de bescherming van de Europese passagier aanzienlijk verzwakt.

64 Aangehaald in voetnoot 28.

65 Overigens kan het nationale recht deze doorgifte wel verbieden en dat is in een groot aantal lidstaten ook het geval.

66 O.a. door verschillende leden van het EP zelf tijdens de vergadering van de Libe-Commissie van het EP van 2 juni 2006.

67 Hirsch Ballin tijdens de jaarvergadering van de NJV, 9 juni 2006 in Maastricht.

68 Punt 54 van het arrest.

Vervolgens constateert het Hof dat de verwerking van de passagiersgegevens ten behoeve van de Amerikaanse autoriteiten louter geschiedt met het oog op de openbare veiligheid en de activiteiten van de staat op strafrechtelijk gebied. De verwerking is niet noodzakelijk voor een dienstverrichting en het maakt ook niet uit dat de passagiersgegevens oorspronkelijk door de luchtvaartmaatschappij van de passagier waren verlangd om de dienstverrichting – het vervoer per vliegtuig naar de Verenigde Staten – mogelijk te maken.⁶⁹

34. Gelet op deze ruime formulering van het Hof is de vraag gerechtvaardigd in hoeverre het oordeel niet tevens inhoudt dat art. 95 of zelfs het EG-Verdrag als zodanig géén bevoegdheid geeft om regels te stellen over informatie-uitwisseling ten behoeve van strafrechtelijke activiteiten van een staat, zelfs indien het gaat om gegevens die zijn verkregen in het kader van een commerciële activiteit. In dit verband verwijs ik naar de rechtspraak van het Hof – zoals het arrest *British American Tobacco*⁷⁰ – over de rechtsgrondslag van gemeenschapshandelingen met twee doeleinden of waarbij sprake is van twee componenten. Indien één ervan 'kan worden gezien als hoofddoel of voornaamste component, terwijl het andere doel of de andere component slechts bijkomend is, moet de handeling op één rechtsgrondslag worden gebaseerd, te weten die welke vereist is gezien het hoofddoel of de voornaamste component'. Ondanks deze vaste rechtspraak ben ik nog niet overtuigd van de ruime reikwijdte van het PNR-arrest. Het hoofddoel en de voornaamste component van een regeling behoeven namelijk niet identiek te zijn. Ik neem als voorbeeld wederom het arrest *British American Tobacco* dat de geldigheid betreft van een richtlijn die primair beoogt het roken tegen te gaan en aldus de volksgezondheid te beschermen. Niettemin kon deze richtlijn op art. 95 EG worden gebaseerd, nu de gestelde voorschriften onder meer betrekking hebben op de verhandeling van sigaretten op de interne markt. Kort gezegd, het hoofddoel valt buiten art. 95 EG, de voornaamste component daarbinnen. Voor het Hof is dit voldoende. Indien het Hof een vergelijkbare redenering had gevolgd in de PNR-zaak was een ander resultaat mogelijk geweest. Het hoofddoel van het pakket maatregelen is de strafrechtelijke handhaving, maar de voornaamste component de omgang met commerciële gegevens. Echter, het Hof heeft deze redenering *niet* gevolgd. En dus lijkt het erop dat het antwoord op de hierboven gestelde vraag inderdaad luidt dat de bevoegdheid ontbreekt in de eerste pijler. Daarmee is tevens een lacune tussen de eerste en de derde pijler aan het licht gekomen.

35. Het volgende doet zich namelijk voor: private luchtvaartmaatschappijen verlenen medewerking aan de strafrechtelijke rechtshandhaving. De recente praktijk laat zien dat zodanige medewerking ook op andere terreinen wordt verlangd. In de eerste plaats verplicht Richtlijn 2006/24/EG⁷¹ telecommunicatiemaatschappijen en internetproviders om gegevens die door hen worden gegenereerd of door hen worden verwerkt, te bewaren ten behoeve van het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige criminaliteit. In de tweede plaats werden Europeanen in juni 2006 opgeschrikt door het feit dat Amerikaanse autoriteiten blijkbaar rechtstreeks toegang

hebben tot allerlei gegevens rond het Europese betalingsverkeer, die waren opgeslagen bij Swift in België (en wellicht ook in Nederland)⁷². In de derde plaats lijkt er een algemene trend te bestaan het bedrijfsleven steeds meer in te schakelen bij de aanpak van ernstige criminaliteit. Zo kondigt het werkprogramma van de Commissie over 2006⁷³ een EU-actieplan aan over publiekprivaat partnerschap bij de bestrijding van misdaad en terrorisme.

36. Deze activiteiten van private ondernemingen die verband houden met de uitoefening van strafrechtelijke taken kunnen niet zonder meer onder de reikwijdte van de derde pijler worden gebracht en als zodanig voorwerp vormen van interventie van de wetgever van de Europese Unie, overeenkomstig art. 34 EU. Het is immers maar de vraag of verplichtingen voor private ondernemingen om politie en justitie toegang te verlenen tot hun gegevensbestanden of om gegevens te bewaren voor politie en justitie, maatregelen zijn die een nauwere samenwerking tussen de autoriteiten van de lidstaten betreffen, zoals omschreven in art. 29 EU. Die vraag is des te klemmender indien blijkt dat de ondernemingen de gegevens verwerken of bewaren ten behoeve van de autoriteiten van een derde land, zoals de Verenigde Staten.

37. Overigens lijkt mij een positief antwoord op deze vraag verdedigbaar. Hierboven betoogde ik dat art. 29-32 EU een ruime rechtsgrondslag geven. Een bevoegdheid om op grond van de derde pijler regels te stellen voor activiteiten van private ondernemingen in verband met de rechtshandhaving zou voorts kunnen worden gebaseerd op een redenering spiegelbeeldig aan de redenering van het Hof in het arrest *Commissie/Raad over milieu en strafrecht*.⁷⁴ In de punten 47 en 48 van dat arrest stelt het Hof:

- 'Het strafrecht en het strafprocesrecht behoren in beginsel echter niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap.'
- Dit 'kan de gemeenschapswetgever evenwel niet beletten om, wanneer het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties een onontbeerlijke maat-

69 Zie punten 55-58 van het arrest.

70 HvJ EG 10 december 2002, zaak C-491/01, *British American Tobacco en Imperial Tobacco*, Jur. p. I-11453, punt 94.

71 Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG, *PbEG* L 105/54. Zie verder punten 39 en 44. Over deze richtlijn ook: De Hert e.a., 'Iedereen wordt er slechter van', *NJB* 2006, 1021, p. 1318.

72 Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications (SWIFT). Zie resolutie van het Europees Parlement van 6 juli 2006 over het onderscheppen door de Amerikaanse autoriteiten van bankoverschrijvingsgegevens van het SWIFT-systeem (www.europarl.europa.eu, onder 'door het Parlement aangenomen teksten').

73 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – Het Europese potentieel volledig benutten – Wetgevings- en werkprogramma van de Commissie voor 2006 (COM(2005)531 def.).

74 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, *Commissie/Raad*, Jur. 2005, p. I-7879.

regel is in de strijd tegen ernstige aantastingen van het milieu, maatregelen te nemen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten en die hij noodzakelijk acht om de volledige doeltreffendheid van de door hem inzake milieubescherming vastgestelde normen te verzekeren’.

38. Ten aanzien van de activiteiten van private ondernemingen zou men als volgt kunnen redeneren.

- Activiteiten van private ondernemingen behoren in beginsel niet tot de bevoegdheden van de Uniewetgever in de derde pijler.
- Dit kan deze wetgever evenwel niet beletten om, wanneer zulks onontbeerlijk is met het oog op de nauwere samenwerking tussen de autoriteiten van de lidstaten als bedoeld in art. 29 EU, verplichtingen op te leggen aan private ondernemingen indien deze noodzakelijk zijn voor het bereiken van de doelstellingen van art. 29 EU (of, anders geformuleerd, noodzakelijk zijn ten behoeve van de doeltreffendheid van de genoemde samenwerking).

Een dergelijke redenering zou de lacune die is ontstaan als gevolg van het PNR-arrest voor een groot deel kunnen dichten. Wat overblijft, is de bijzondere situatie waarin Europese ondernemingen hand- en spandiensten verrichten ten behoeve van de strafrechtelijke rechtshandhaving in een derde land. Ik laat deze bijzondere situatie verder buiten beschouwing. Deze roept buitengewoon interessante vragen op die te maken hebben met het territorialiteitsbeginsel en de mondiale aard van terrorisme en terrorismebestrijding, maar deze vragen gaan dit preadvies te buiten.

4.2. Dataretentie

39. Meer in algemene zin staat niet vast waar de grens ligt tussen de eerste en de derde pijler. In het kader van de totstandkoming van Richtlijn 2006/24/EG⁷⁵ over het bewaren van communicatiegegevens hebben de betrokkenen hierover de degens gekruist. Het ging er daarbij in de eerste plaats om binnen welke pijler de betreffende regeling tot stand zou moeten komen. Er is voor een richtlijn gekozen, ondanks een eerder initiatief van vier lidstaten om één en ander in een kaderbesluit te regelen. Eén van die vier lidstaten, Ierland, heeft zich niet neergelegd bij deze rechtsgrondslag en heeft een beroep tot nietigverklaring van de richtlijn ingesteld bij het Hof.⁷⁶ In de tweede plaats was het de vraag of de te regelen onderwerpen alle binnen dezelfde pijler geregeld kunnen of moeten worden. De gegevens worden bewaard door private ondernemingen, maar vervolgens gebruikt door politie en justitie. Uit oogpunt van gegevensbescherming is het van belang dat niet alleen het bewaren, maar ook de toegang tot en het gebruik van deze privacygevoelige gegevens aan beperkingen is onderworpen. Om deze reden heeft de Europese toezichthouder voor de gegevensbescherming in zijn advies⁷⁷ betoogd dat beide onderwerpen onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en dat de gemeenschapswetgever, ware hij niet bevoegd om regels te stellen inzake toegang en gebruik, zijn verplichting ex art. 6 EU om de grondrechten te eerbiedigen, niet zou kunnen naleven. Bij gebrek aan een zodanige bevoegdheid zou de richtlijn immers niet kunnen garanderen dat gegevens die worden bewaard met het

oog op de bestrijding van ernstige criminaliteit, niet tevens voor andere – minder zwaarwegende – doeleinden kunnen worden gebruikt. Te denken valt in dit verband niet alleen aan de bestrijding van kleinere misdrijven of overtredingen, maar ook aan gebruik voor commerciële doeleinden. Het hoeft geen betoog dat zulks schade zou kunnen toebrengen aan het door art. 8 EVRM beschermde recht op privéleven. Dit betoog is niet gevolgd door de gemeenschapswetgever. Wel is in de definitieve versie van de richtlijn een vrij algemeen geformuleerde bepaling opgenomen over de toegang tot de verkeersgegevens.⁷⁸ Die bepaling is overigens niet geheel zonder belang, aangezien deze alleen toegang mogelijk maakt in welbepaalde gevallen hetgeen moet voorkomen dat de strafrechtelijke autoriteiten onbepaalde zoekacties in de bestanden kunnen verrichten. Bovendien verwijst de bepaling naar (onder meer) het EVRM. Het gebruik van de gegevens is geen voorwerp van regeling.

4.3. Conclusie

40. Deze paragraaf bracht één van de mogelijke consequenties aan het licht van het PNR-arrest. Er lijkt een grensgebied te bestaan tussen de eerste en derde pijler waarbij wellicht – onbedoeld, naar mijn indruk – geen bevoegdheid tot optreden bestaat voor de Europese Unie. De derde pijler richt zich op de samenwerking tussen de autoriteiten van de lidstaten, waarbij dus bepalend is tussen *wie* de samenwerking plaatsvindt. Het PNR-arrest hanteert een ander criterium: het oogmerk van een bepaalde handeling (*waarom*) is bepalend. Mogelijk valt dat gat te dichten met de in punt 38 weergegeven redenering, spiegelbeeldig aan het arrest over milieu en strafrecht.⁷⁹ Datzelfde arrest brengt ook een gebied aan het licht waarin een gestapelde competentie lijkt te bestaan, op basis van de eerste *en* de derde pijler. In de eerste pijler kunnen – onder nadrukkelijk bepaalde voorwaarden – straffen worden voorgeschreven, maar dat kan natuurlijk ook – onder andere voorwaarden – in de derde pijler. Tot slot wijs ik hier reeds op SIS II dat een ander afbakeningsprobleem aan het licht brengt. Binnen dit informatiesysteem wordt zowel informatie uitgewisseld die behoort tot de eerste pijler als tot de derde pijler. Het verschil in rechtskader heeft juridische consequenties, maar het zal niet steeds duidelijk zijn binnen welk rechtskader een specifieke activiteit plaatsvindt.

⁷⁵ Zie ook punt 35 en voetnoot 71.

⁷⁶ Verzoekschrift van 5 juli 2006, Ierland tegen Raad en Europees Parlement (nog niet verschenen in *PbEG*).

⁷⁷ Advies van 26 september 2005, *PbEG* C 298/1, punt 40.

⁷⁸ Art. 4 van de richtlijn.

⁷⁹ Aangehaald in voetnoot 74.

5. Instrumenten ter verbetering van de informatie-uitwisseling

5.1. *Wederzijdse erkenning als basis van samenwerking*

41. Wederzijdse erkenning van elkaars strafrechtelijke systemen is de basis voor de samenwerking tussen de autoriteiten van de lidstaten. Wederzijdse erkenning veronderstelt wederzijds vertrouwen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de rechtspraak over het ne bis in idem-beginsel, zoals het eerdergenoemde arrest Gözütük en Brügger.⁸⁰ In het geval een strafzaak in Nederland eindigt in een schikking met het Openbaar Ministerie – zonder tussenkomst van de rechter – kan hetzelfde feit niet in een andere lidstaat worden berecht, ook indien het strafrechtelijke systeem van die andere lidstaat niet voorziet in een buitengerechterlijke afdoening van vergrijpen. Ook de wetgever in de derde pijler hanteert wederzijdse erkenning als uitgangspunt, daarbij geïnspireerd door voorbeelden op het gebied van de interne markt.⁸¹ Echter, wederzijdse erkenning zonder meer leidt niet tot een verbetering van de informatie-uitwisseling. Aanvullend wetgevend optreden van de Europese Unie is nodig en vindt ook plaats.

5.2. *Minimumharmonisatie van essentiële normen: voorstel voor een kaderbesluit gegevensbescherming*

WELKE PUBLIEKE BELANGEN?

42. Wederzijdse erkenning veronderstelt *minimumharmonisatie* van essentiële normen, om te voorkomen dat te grote verschillen tussen de lidstaten de doelmatigheid van de samenwerking ondermijnen.⁸² In de eerste pijler gaat het bij harmonisatie van essentiële normen in beginsel om de uiteenlopende publieke belangen die zijn genoemd in art. 30 EG of die door het Hof zijn erkend in zijn rechtspraak over de rule of reason.⁸³ In de derde pijler is het spectrum van de te beschermen belangen veel meer beperkt.

43. Natuurlijk zijn in de eerste plaats de lidstaten gehouden de fundamentele rechten te eerbiedigen, zoals neergelegd in het EVRM en in andere mensenrechtenverdragen die door alle lidstaten zijn geratificeerd. Voor de instellingen van de Unie vloeit deze verplichting voort uit art. 6 EU. Deze verplichtingen van de lidstaten en van de Unie kunnen niet bij secundaire wetgeving worden aangetast. Art. 1 lid 3 van het kaderbesluit inzake het aanhoudingsbevel⁸⁴ stelt dit expliciet – maar wel ten overvloede – vast voor de onderwerpen die in dat kaderbesluit zijn geregeld.

44. In de tweede plaats is juist ook het belang van een doelmatige rechtshandhaving te kwalificeren als een wezenlijk publiek belang dat harmonisatie rechtvaardigt. In die zin onderscheidt de samenwerking in de derde pijler zich van de gebruikelijke belangenafweging die in de eerste pijler moet worden gemaakt tussen de belangen van de markt en specifieke publieke belangen. Het gaat bij optreden in het kader van de derde pijler om een evenwicht *tussen* publieke belangen. Weyembergh stelt in

haar artikel aan de kaak dat de Uniewetgever in zijn harmonisatiepraktijk niet neutraal is. Met behulp van diverse voorbeelden betoogt zij dat harmonisatie van strafrecht op het niveau van de Europese Unie vooral een repressieve oriëntatie heeft.⁸⁵ Haar redenering komt erop neer dat bij het ontwikkelen van wetgeving de instrumentele functie van het strafrecht het wint van de waarborgfunctie. Deze redenering wordt bevestigd door de gang van zaken rond de totstandkoming van Richtlijn 2006/24/EG (dataretentie).⁸⁶ De snelle totstandkoming van een instrument ten behoeve van (onder meer) de bestrijding van terrorisme stond voorop en leek belangrijker dan een resultaat waarin een evenwichtige plaats werd ingeruimd voor de waarborgen op het gebied van privacy.⁸⁷ Daarentegen wordt het voorstel voor een kaderbesluit gegevensbescherming dat juist beoogt waarborgen te scheppen niet met een vergelijkbare urgentie behandeld in de Raad, ofschoon het belang van het voorstel door alle betrokkenen steeds wordt benadrukt.⁸⁸ 45. In de derde plaats schrijft art. 30 lid 1 onder b) EU een zeer specifieke harmonisatie van essentiële normen voor: maatregelen met het oog op de verzameling, opslag, verwerking, analyse en uitwisseling van informatie, mogen slechts tot stand worden gebracht onder voorbehoud van passende bepalingen inzake de bescherming van persoonsgegevens. De vraag is natuurlijk in hoeverre de Uniewetgever zich ook daadwerkelijk aan deze opdracht houdt. Weliswaar is het Commissievoorstel voor een kaderbesluit gegevensbescherming bij de Raad in behandeling. Echter, het tot stand brengen van de verschillende juridische instrumenten met het oog op de verzameling (etc.) van informatie is niet afhankelijk gemaakt van het aannemen van dat kaderbesluit door de Raad.⁸⁹

HET KADERBESLUIT EN ZIJN CONTEXT

46. Om te beginnen wijs ik op de omgeving waarbinnen het kaderbesluit gegevensbescherming tot stand moet

⁸⁰ Aangehaald in voetnoot 13. De lijn van dit arrest is in diverse latere uitspraken van het Hof bevestigd.

⁸¹ Zie hierover Barents, op diverse plaatsen in zijn preadvies.

⁸² Zie hierover meer uitgebreid Barents, *SEW* 2006, 90, punt 19.

⁸³ Zie Kapteyn/VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en de Europese Gemeenschappen*, p. 559 e.v. (zesde druk).

⁸⁴ Aangehaald in voetnoot 15. Zie over deze bepaling ook punt 12.

⁸⁵ Bijvoorbeeld door niet te voorzien in maximumstraffen, maar te voorzien in minimum drempels voor maximumstraffen (o.c., p. 1588). Zij spreekt over de zwaardfunctie versus de schildfunctie (bescherming tegen de overheid).

⁸⁶ Zie voetnoot 71; strikt genomen gaat het hier natuurlijk niet om een besluit in het kader van de derde pijler.

⁸⁷ De richtlijn kwam extreem snel tot stand. Binnen drie maanden na het indienen van het Commissievoorstel vond de politieke besluitvorming plaats binnen de Raad en het Europees Parlement. Opvallend daarbij was dat het als meer evenwichtig beschouwde rapport van de Libe-Commissie niet door de plenaire vergadering van het EP in stemming is gebracht. Voor de rapporteur, de Duitse liberaal Alvaro, was dat aanleiding tegen het voorstel te stemmen (zie ook De Hert e.a., aangehaald in voetnoot 71).

⁸⁸ Zie ook punt 21.

⁸⁹ En daartoe bestaat bij de Raad ook geen bereidheid. Statewatch stelt: 'The Council is not prepared to wait for the proposed Framework Decision on the protection of personal data in police and judicial matters to be in place before going ahead' (www.statewatch.org/news/2006/aug/01eu-convictions.htm). Deze constatering betrof het kaderbesluit over de uitwisseling van informatie uit strafregisters.

worden gebracht. Mede als gevolg van de verschillende (voorstellen voor) Europese regels die de uitwisseling van informatie moeten vergemakkelijken – die op zichzelf weer het gevolg zijn van het wegvallen van de binnen grenzen – wordt steeds meer informatie verzameld en uitgewisseld. Dit heeft weer verdere consequenties. Aan de ene kant bestaat op het terrein van de derde pijler een specifieke behoefte aan een hoog beschermingsniveau van gegevensbescherming, ook gelet op het gevoelige karakter van de gegevens die met het oog op de strafrechtelijke rechtshandhaving worden verzameld en uitgewisseld. Aan de andere kant bestaat juist op dit terrein een grote druk op de gegevensbescherming: informatie die bestaat moet ook kunnen worden gebruikt. Met een beroep op de doeltreffendheid van het optreden zullen politie en justitie eenvoudig toegang willen krijgen tot persoonsgegevens en deze kunnen combineren met andere gegevens of gegevens van andere personen.

47. Deze druk doet zich in het bijzonder gevoelen wat betreft het beginsel van doelbinding, dat er kort gezegd op neerkomt dat persoonsgegevens slechts mogen worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn verzameld. Zo heeft de Commissie een voorstel gedaan voor een apart rechtsinstrument dat het mogelijk moet maken ten behoeve van de rechtshandhaving toegang te verkrijgen tot gegevens die zijn opgenomen in het Visum Informatie Systeem (eerste pijler) en die zijn verzameld met als doel een gemeenschappelijk visumbeleid in het leven te roepen.⁹⁰ Dit informatiesysteem is geen instrument van rechtshandhaving, maar moet daar wel voor kunnen worden gebruikt. Dat is althans de strekking van het Commissievoorstel. Daarbij moet overigens wel worden aangetekend dat het Commissievoorstel politie en justitie geen onbeperkte toegang wil geven. Toegang wordt alleen maar mogelijk in verband met ernstige misdrijven en er wordt geen routinematige toegang verleend, doch alleen toegang in specifieke gevallen. Een ander voorbeeld is de toenemende rol in het strafrecht van biometrische gegevens zoals DNA en vingerafdrukken. Het is zeer aantrekkelijk uit oogpunt van rechtshandhaving om deze gegevens op grote schaal te verzamelen en te gebruiken, maar dit houdt voor het betrokken rechtssubject aanzienlijke risico's in. Wat betreft DNA zij gewezen op de moeilijkheid DNA-gegevens op de juiste wijze te interpreteren⁹¹ en de noodzaak en de moeilijkheid om de verzameling van gegevens te beperken tot DNA-materiaal waaruit geen gevoelige gegevens over personen kunnen worden afgeleid, zoals bijvoorbeeld erfelijke eigenschappen.⁹²

48. Concluderend: de behoefte aan harmonisatie van essentiële normen – die natuurlijk op evenwichtige wijze recht moet doen aan de verschillende publieke belangen – lijkt dus ook om inhoudelijke redenen een *conditio sine qua non* voor de uitwisseling van gegevens, op basis van wederzijdse erkenning.

ART. 1 LID 2 COMMISSIEVOORSTEL

49. Art. 1 lid 2 Commissievoorstel is een opmerkelijke bepaling die als volgt luidt: 'De lidstaten zorgen ervoor dat de verstrekking van persoonsgegevens aan de bevoegde instanties van andere lidstaten niet wordt beperkt of verboden in verband met de bescherming van persoonsgegevens uit hoofde van dit kaderbesluit.'

Het is duidelijk dat deze bepaling is geïnspireerd op de clausules van wederzijdse erkenning die gebruikelijk zijn in de regelgeving voor de interne markt, zoals bijvoorbeeld in de Richtlijn inzake elektronische handel.⁹³ Daarin wordt bepaald dat de lidstaten het vrije verkeer van bepaalde diensten die vanuit een andere lidstaat worden geleverd, niet mogen beperken om redenen die vallen binnen het gecoördineerde gebied.

50. Het lijkt erop dat de Commissie bij het opstellen van het voorstel voor een kaderbesluit voor ogen heeft gehad dat art. 1 lid 2 bijdraagt tot een onbelemmerde gegevensuitwisseling tussen de bevoegde instanties van de lidstaten.⁹⁴ In het Europees Parlement werd deze bepaling ter discussie gesteld door Buitenweg,⁹⁵ die zich afvroeg of deze bepaling geen afbreuk doet aan de bescherming van persoonsgegevens. Waar dit type bepalingen in de internemarktregelgeving uitdrukking geven aan het oorsprongslidbeginsel⁹⁶ (zij verzekeren de toelating van diensten die voldoen aan de eisen van het land van oorsprong), lijkt art. 1 lid 2 Commissievoorstel een spiegelbeeldig gevolg te hebben. De verstrekking van gegevens aan autoriteiten van andere lidstaten mag niet worden geweigerd, indien aan de eisen op het gebied van gegevensbescherming in de lidstaat van bestemming wordt voldaan. Dit is ook het geval indien de lidstaat van oorsprong strengere regels stelt voor de gegevensbescherming en een bepaald gebruik van gegevens op grond van zijn eigen nationale wetgeving niet zou toelaten. De vraag die Buitenweg opwierp, is dus terecht.⁹⁷

90 Voorstel voor een besluit van de Raad over de toegang tot het visuminformatiesysteem (VIS) voor raadpleging door de nationale veiligheidsdiensten van de lidstaten en Europol, met het oog op het voorkomen, opsporen en onderzoeken van terroristische misdrijven en andere ernstige strafbare feiten (COM(2005)600 def.). Zie ook het advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming, *PbEG* 2006 C 97/6.

91 Zie bijvoorbeeld de brief van de Minister van Justitie van 13 september 2005 over de Schiedammer Parkmoord (*Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 VI, nr. 168).

92 Zie het advies van de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming over het Kaderbesluit voor de uitwisseling volgens het beschikbaarheidsbeginsel (aangehaald in voetnoot 10), punten 55-64.

93 Art. 3 lid 2 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ('Richtlijn inzake elektronische handel'), *PbEG* L 178/1. Zie daarover ook B.J. Drijber, 'De Richtlijn elektronische handel op de snijtafel', *SEW* 2001, p. 122-138.

94 De toelichting bij het voorstel benadrukt deze doelstelling van het voorstel (onder het kopje 'rechtsgrondslag'), maar een uitleg van art. 1 lid 2 wordt niet gegeven.

95 Tijdens de openbare behandeling van het Commissievoorstel in de Libe-Commissie op 12 juni 2006.

96 Ik laat hier het conceptuele onderscheid tussen oorsprongslidbeginsel en wederzijdse erkenning buiten beschouwing. Zie daarover o.a. H. Hijmans, 'De Europese Unie, verdwijnende grenzen en elektronische diensten', *SEW* 2004, 52, p. 350.

97 Overigens is het praktisch belang van dit punt verminderd aangezien de Raad de betreffende bepalingen lijkt te willen schrappen (zo begrijp ik althans uit de niet-openbare verslagen van de Raadswerkgroep).

5.3. *De verplichting tot actieve samenwerking als onderdeel van het kaderbesluit voor de uitwisseling volgens het beschikbaarheidsbeginsel*

51. Diverse rechtsinstrumenten strekken ertoe de autoriteiten van de lidstaten te verplichten tot *actieve samenwerking op horizontaal niveau*. In deze paragraaf ligt de nadruk op de uitwerking van het beginsel van beschikbaarheid in een kaderbesluit.⁹⁸ Echter, ook andere instrumenten beogen informatie beschikbaar te maken voor autoriteiten in andere lidstaten, zoals bijvoorbeeld de voorgestelde regeling over de uitwisseling van gegevens uit strafregisters.⁹⁹

52. Het Haags Programma presenteert het beginsel van beschikbaarheid ambitieus als een innoverende benadering, noodzakelijk voor de versterking van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Voor de uitwisseling van politie-informatie zijn de binnengrenzen van de Unie niet langer bepalend. De vrije uitwisseling van informatie tussen de autoriteiten is een belangrijke stap om iets te doen aan de territoriale beperkingen bij de bestrijding van criminaliteit, als gevolg van het feit dat de binnengrenzen bij de opsporing overeind zijn gebleven. Beschikbaarheid is meer dan wederzijdse erkenning van nationale wetgeving. De autoriteiten van de lidstaten moeten actief samenwerken. Zij moeten er in de eerste plaats voor zorgen dat de autoriteiten van andere lidstaten daadwerkelijk toegang hebben, bij voorkeur – zo stelt het Commissievoorstel voor een kaderbesluit – online. Om het iets concreter te maken: indien politie-informatie binnen een lidstaat online toegankelijk is voor een ander politiekorps dan krijgen ook korpsen uit andere lidstaten rechtstreeks toegang. Aangezien het gaat om beveiligde informatie zal het nodig zijn – zonder verder in de technische details te treden – politienetwerken te koppelen. Indien de informatie binnen een lidstaat niet online beschikbaar is, dan zal een lidstaat er op een andere wijze voor moeten zorgen dat autoriteiten uit een andere lidstaat kunnen vinden of bepaalde relevante informatie – bijvoorbeeld over een bepaalde verdachte persoon – beschikbaar is bij een politiedienst.¹⁰⁰ Overigens is het object van beschikbaarheid hiermee niet eenduidig afgebakend. Heeft het beschikbaarheidsbeginsel bijvoorbeeld slechts betrekking op gegevens die zich in dossiers van de politie bevinden (al dan niet online) of ziet het ook op informatie die de politie niet zelf heeft, maar waar zij wel rechtstreeks toegang toe heeft (bijvoorbeeld telecommunicatiegegevens)?¹⁰¹

53. Beschikbaarheid veronderstelt uiteraard een sterk wederzijds vertrouwen. Dat is het meest evident indien autoriteiten van andere lidstaten rechtstreeks toegang hebben tot informatie. In dergelijke gevallen verliezen de lidstaten van oorsprong zeggenschap over toegang – die bestaat van rechtswege, dus toegang kan in principe niet worden geweigerd – en over het verdere gebruik van die gegevens. Het Commissievoorstel is op dit punt overigens innerlijk tegenstrijdig. Het voorziet in de mogelijkheid dat de lidstaat van oorsprong voorafgaande toestemming voorschrijft voor het verstrekken van informatie en de verstrekking van informatie kan weigeren om specifieke redenen.¹⁰² Het is onduidelijkheid hoe deze bevoegdheden moeten worden uitgeoefend bij recht-

streekse toegang door autoriteiten van andere lidstaten. Als gezegd ontbreekt zeggenschap bij de lidstaat, in ieder geval vóóraf. De techniek maakt het wel mogelijk te registreren welke buitenlandse autoriteiten toegang hebben verkregen tot bepaalde informatie.

54. De actieve samenwerking tussen de lidstaten leidt tot een Europees netwerk waarbinnen informatie wordt uitgewisseld. Dat netwerk is toegankelijk voor autoriteiten in meerdere lidstaten, in beginsel zonder enige betrokkenheid van Europese entiteiten. Ook het toezicht op dit netwerk kan louter door autoriteiten van de lidstaten plaatsvinden. Dit geldt voor het toezicht door een gegevensbeschermingsautoriteit, zoals in Nederland het College Bescherming Persoonsgegevens, en ook voor het toezicht door de rechter.¹⁰³ Daarmee is het toezicht beperkt tot toezicht op handelen van de eigen nationale politiediensten in dit netwerk. Een effectieve bescherming van de personen om wie het gaat, is dan ook niet op voorhand verzekerd. Informatie wordt uitgewisseld en is daarmee in meer lidstaten beschikbaar. Er zullen dus aanvullende regels nodig zijn ter bepaling van het toepasselijke recht en van de verantwoordelijkheden voor het beheer van de informatie op het netwerk, inclusief het verwijderen van die informatie en voor het (rechterlijk) toezicht daarop. Overigens zijn dergelijke aanvullende regels nog meer noodzakelijk, als men bedenkt dat overeenkomstig het voorstel ook potentieel zeer gevoelige informatie kan worden uitgewisseld, zoals DNA en vingerafdrukken. Het Commissievoorstel vermeldt deze typen gegevens uitdrukkelijk. Hierboven wees ik al op de specifieke risico's van uitwisseling van DNA.

5.4. *Deels gecentraliseerde technische structuren ter ondersteuning van de informatie-uitwisseling tussen de lidstaten: de grootschalige informatiesystemen, in het bijzonder SIS II*

55. Eén van de wijzen waarop de EU-wetgever optreedt, bestaat uit het scheppen van grootschalige informatiesystemen op Europees niveau ter ondersteuning van de informatie-uitwisseling tussen de lidstaten.¹⁰⁴ Zo wordt het SIS gezien als noodzakelijk instrument voor de opheffing van de binnengrenzen. Een tweede generatie van dit systeem – met daarin verbeterde technische

⁹⁸ Zie voetnoot 10.

⁹⁹ Zie punt 24 en voetnoot 20.

¹⁰⁰ Het Commissievoorstel voorziet in de verplichting voor lidstaten indexgegevens beschikbaar te stellen, die kunnen worden benaderd via een hit/no hit-systeem. Bij een hit – die bijvoorbeeld betekent dat een bepaald persoon bij de politie bekend is – kan de verzoekende lidstaat vervolgens om nadere informatie vragen.

¹⁰¹ Bedoeld in Richtlijn 2006/24/EG (zie voetnoot 71). Bijlage II van het Commissievoorstel voor een kaderbesluit noemt expliciet telecommunicatiegegevens.

¹⁰² Art. 13 en 14 Commissievoorstel.

¹⁰³ Dat de nationale rechter mogelijkerwijs prejudiciële vragen kan stellen over de uitleg van het kaderbesluit verandert niets aan deze vaststelling.

¹⁰⁴ Deze systemen zijn genoemd in punt 20.

modaliteiten – is nodig om ook voor de nieuwe lidstaten de binnengrenzen te kunnen opheffen.¹⁰⁵ Het bestaande systeem is daar niet op toegerust. Het SIS vergt een nog actievorm van informatie-uitwisseling tussen de lidstaten dan het beschikbaarheidsbeginsel. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat gegevens volgens bepaalde protocollen beschikbaar zijn voor automatische bevraging door de autoriteiten van de andere lidstaten. Dit betreft bijvoorbeeld gegevens over personen om wier aanhouding wordt verzocht en gegevens over vreemdelingen aan wie de toegang tot de ruimte moet worden geweigerd omdat zij gevaar opleveren voor de openbare veiligheid (of de nationale veiligheid).¹⁰⁶

56. De grootschalige informatiesystemen die binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht bestaan of zijn voorzien hebben alle als kenmerk dat zij niet een afzonderlijke Europese structuur in het leven roepen. De systemen bestaan uit nationale delen, die door de lidstaten worden beheerd, en een centraal deel. De lidstaten zijn verantwoordelijk voor de aanlevering van de gegevens, het up-to-date houden van die gegevens en het schrappen daarvan. Het centrale deel is vooral nodig om te zorgen dat er ook daadwerkelijk kan worden uitgewisseld tussen de lidstaten. In het SIS wordt het centrale deel vooral gezien als een technisch ondersteunende functie die een centrale databank in stand houdt alsmede de communicatie-infrastructuur verzorgt van het netwerk van nationale autoriteiten.¹⁰⁷ Het beheer van SIS II zal in handen worden gelegd van een centrale beheersautoriteit. Ondanks dat het centrale deel een beperkte functie heeft leidt het ontstaan ervan noodzakelijkerwijs tot een gecompliceerde verdeling van verantwoordelijkheid en toezicht. Dit probleem is nog nijpender omdat het SIS deels tot de eerste pijler en deels tot de derde pijler behoort. De andere (voorzien) systemen zijn iets eenvoudiger. Zij behoren hetzij geheel tot de eerste pijler (Eurodac, Visum Informatie Systeem), hetzij geheel tot de derde pijler (Europol, Eurojust).

57. De voorstellen voor een wettelijk kader voor SIS II¹⁰⁸ benadrukken dat het feit dat de wettelijke basis is vastgelegd in afzonderlijke wettelijke regelingen geen afbreuk doet aan het beginsel dat SIS II één informatie-systeem vormt dat als zodanig moet functioneren. Het bewaken van die eenheid zal echter niet op alle punten eenvoudig zijn. Zo zijn bijvoorbeeld terzake de gegevensbescherming – een belangrijk onderwerp nu SIS in belangrijke mate een verzameling van persoonsgegevens is – verschillende regimes van toepassing. Het wettelijke kader voor SIS bevat enige regels op dat terrein en daarnaast geldt een algemeen regime. Het toepasselijke algemene regime is echter afhankelijk van het niveau van de verantwoordelijke – nationaal of centraal – en van de pijler waarin een bepaalde activiteit plaatsvindt. Wat de handelingen van de centrale autoriteit betreft, op deze handelingen is het op art. 286 EG gebaseerde regime van Verordening (EG) nr. 45/2001¹⁰⁹ van toepassing. Voor zover die centrale autoriteit echter handelingen verricht met betrekking tot persoonsgegevens die in het kader van de derde pijler zijn verzameld, is echter nog maar de vraag of de verordening zonder meer kan worden toegepast. De handelingen van de autoriteiten van de lidstaten in de eerste pijler – zoals het verstrekken van gegevens met het oog op de weigering van toegang en

verblijf tot de Unie van onderdanen van derde landen – vallen onder het regime van Richtlijn 95/46/EG.¹¹⁰ Voor handelingen in het kader van de derde pijler geldt geen EU-rechtelijk regime.¹¹¹ Al met al is een niet erg transparant stelsel ontstaan. Voor de verschillende toezichthouders die met SIS II te maken zullen hebben, is één en ander vermoedelijk wel hanteerbaar; het stelsel voorziet bovendien in coördinatiemechanismen. Anders ligt dat indien een gedupeerde burger iemand zou willen aanspreken indien hij meent dat zijn gegevens ten onrechte in het SIS gesignaleerd zijn of indien zijn gegevens die in het SIS zijn opgenomen onvoldoende zijn beveiligd en daardoor toegankelijk zijn geworden voor derden. En dan heb ik het nog niet over de casus die ten grondslag lag aan het arrest Commissie/Spanje¹¹² en evenmin over de beperkte bevoegdheden van het Hof van Justitie, in de derde pijler maar ook krachtens art. 68 EG.

5.5. Conclusie

58. In punt 2 wierp ik de vraag op of de Unie haar ambities kan waarmaken binnen de bestaande verdragen. Het wettelijke instrumentarium moet hiertoe bijdragen aan een versterkte uitwisseling van informatie op basis van wederzijds vertrouwen en er dient zoveel mogelijk aandacht te worden geschonken aan de geschetste problemen in de derde pijler (zie de punten 29 en 30). Daarbij komen de gevolgen van de afbakening tussen de eerste en de derde pijler, zeker bij inschakeling van private partijen bij de strafrechtelijke handhaving.

59. Eén en ander vergt om te beginnen een harmonisatie van essentiële normen op basis van evenwicht van de verschillende publieke belangen. De context waarin het voorstel voor een kaderbesluit gegevensbescherming wordt behandeld, toont dit aan. Er bestaat een permanente druk om de nadruk te leggen op de instrumentele functie van het strafrecht in plaats van op de waarborgfunctie.

60. Het beginsel van beschikbaarheid is op zich een prima instrument om daadwerkelijk samenwerking tussen de autoriteiten van de lidstaten te realiseren en daarmee een verdere stap te zetten in het proces van de Europese integratie, nodig in verband ook met grensoverschrijdende criminaliteit. De beschrijving van het voorgestelde systeem laat echter zien dat de uitwerking van het beginsel van beschikbaarheid veel vragen oproept.

¹⁰⁵ De uitbreiding van de Unie wordt steeds als voornaamste reden aangevoerd waarom SIS II snel tot stand gebracht moet worden; zie bijvoorbeeld de conclusies en het persbericht naar aanleiding van de JBZ-Raad van 24 juli 2006.

¹⁰⁶ Zie Titel IV SUO.

¹⁰⁷ Art. 92 lid 3 SUO definieert het centrale deel louter als een technisch ondersteunende functie. De voorstellen voor SIS II (zie art. 4 van de voorstellen genoemd in voetnoot 11) lijken uit te gaan van een iets ruimere functie voor het centrale deel.

¹⁰⁸ Zie de vierde overweging van de voorstellen genoemd in voetnoot 11.

¹⁰⁹ Verordening (EG) nr. 45/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de communautaire instellingen en organen en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG* L 8/1.

¹¹⁰ Aangehaald in voetnoot 28.

¹¹¹ Dit kan veranderen met het kaderbesluit gegevensbescherming in de derde pijler.

¹¹² Zie punt 11.

De vraag is dan ook of de uitwerking van het beginsel niet een te snelle stap is¹¹³ en of niet eerst een aantal voorafgaande randvoorwaarden moet zijn vervuld. Daarmee doel ik niet alleen op een geharmoniseerd niveau van gegevensbescherming. Belangrijker is wellicht nog dat een stelsel van beschikbaarheid gepaard gaat met een juridische infrastructuur die een gecontroleerde en evenredige uitwisseling mogelijk maakt. Die infrastructuur moet in ieder geval duidelijkheid scheppen over toepasselijk recht, toezicht mogelijk maken ook bij uitwisseling tussen meerdere lidstaten en een adequate rechtsgang scheppen voor de betrokken burger.

61. En hoe zit het dan met SIS II? De Europese wetgever redt zich, maar het resultaat is niet geheel bevredigend gelet op de onduidelijkheden als gevolg van de pijlerstructuur. Daar komt bij – maar dat is ook een gevolg van de stand van de Europese integratie – dat SIS II illustreert dat de lidstaten bevoegdheden zo veel mogelijk aan zich willen houden. Het is een grootschalig Europees informatiesysteem waarbinnen de belangrijkste verantwoordelijkheden bij de lidstaten liggen. Ik signaleerde reeds de druk om gegevens over personen die zijn verzameld ook te gebruiken voor andere doelen, alsmede de toenemende betekenis van biometrische gegevens. Het is ook in verband met deze risico's dat de betrokken burger aanspraak moet kunnen maken op een wettelijk stelsel waarin de verantwoordelijkheden en het toezicht eenduidig zijn geregeld.

6. Hoe te ontsnappen aan de derde pijler?

6.1. *Initiatieven buiten EU-kader, zoals het Prüm-verdrag*

62. Op 27 mei 2005 ondertekenden zeven lidstaten een verdrag¹¹⁴ over diverse onderwerpen op het gebied van de politiem samenwerking.¹¹⁵ Hoewel dit verdrag onderwerpen regelt die bij uitstek de strafrechtelijke samenwerking betreffen hebben de initiërende lidstaten voor een methode gekozen buiten het EU-Verdrag om. Het verdrag wordt veel vergeleken met het Verdrag van Schengen uit 1985 en de SUO uit 1990. De redenen zijn duidelijk: Prüm is net als Schengen een dorp nabij een drielandenpunt (in dit geval Duitsland, Luxemburg en België), het zijn ongeveer dezelfde landen die deelnemen,¹¹⁶ het onderwerp van regeling is vergelijkbaar en er is een nauwe band met de samenwerking binnen de EU (destijds EEG).

63. Er zijn echter belangrijke verschillen. Er is nu *wel* een Europeesrechtelijk rechtskader dat de mogelijkheid biedt de betreffende onderwerpen te regelen en er bestonden concrete voornemens om van dit rechtskader gebruik te maken voor de (belangrijkste) onderwerpen die in het Prüm-verdrag worden geregeld. In concreto, het verdrag heeft een belangrijke overlap met het beschikbaarheidsbeginsel en is daar op belangrijke punten zelfs mee in strijd. Niettemin kozen de betrokken lidstaten voor een multilateraal verdrag waarmee zij de moeizame weg van wetgeving in de derde pijler met unanimitie konden ontgaan. Het staat buiten kijf dat deze keuze nadelen heeft: multilaterale samenwerking tussen een beperkt

aantal lidstaten verdraagt zich slecht met het idee van één ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, de beperkte rol van de Commissie, het Europees Parlement en het Hof in de derde pijler wordt vervangen door een oplossing waarbinnen deze instellingen helemaal geen rol hebben en bovendien wordt de andere lidstaten de mogelijkheid ontnomen mee te praten over de te kiezen regeling. Zij kunnen slechts kiezen tussen meedoen en niet meedoen. Het is nu de vraag of deze nadelen ook strijd opleveren met de verplichtingen van de lidstaten uit het EU-Verdrag. Voor de beantwoording van deze vraag is allereerst de verhouding tussen het Prüm-verdrag en het beschikbaarheidsbeginsel van belang.

INHOUD VAN HET PRÜM-VERDRAG EN HET BESCHIKBAARHEIDSBEGINSEL

64. Het Prüm-verdrag omvat een veelheid aan onderwerpen. De kern ligt evenwel in de grensoverschrijdende uitwisseling van bepaalde typen persoonsgegevens, te weten DNA-profielen en vingerafdrukken.¹¹⁷ In grote lijnen komt de regeling van art. 2 en volgende van het verdrag erop neer dat de staten partij bij het verdrag zich verplichten nationale bestanden met DNA-analyses in het leven te roepen en bij te houden voor het onderzoek van strafbare feiten. Autoriteiten van andere staten hebben slechts toegang tot een klein deel van de DNA-profielen in die bestanden, namelijk referentiedata die kunnen worden vergeleken met de profielen in het bevrage land om vast te stellen of de profielen matchen, maar waaruit niet de identiteit van een persoon kan worden afgeleid. Indien bij bevraging blijkt dat de profielen matchen kan het bevrage land om meer gegevens vragen. Het nationale recht bepaalt vervolgens of die nadere gegevens ook moeten worden verstrekt. Het systeem voor vingerafdrukken is vergelijkbaar. Echter, deze systemen zijn strijdig met de essentie van het beschikbaarheidsbeginsel, die erop neerkomt dat alle nationaal beschikbare informatie ook rechtstreeks *online* toegankelijk is voor autoriteiten van andere lidstaten. Het beschikbaarheidsbeginsel is als gezegd één van de hoofdpunten van het Haags Programma, aanvaard door de Europese Raad in november 2004. In mei 2005 leggen zeven lidstaten vervolgens in een multilateraal verdrag een daarvan afwijkend systeem vast, waarbij

113 In dit verband zou het Prüm-verdrag – qua inhoud, niet qua procedure! – nog wel eens een geschikter instrument kunnen blijken.

114 Verdrag tussen het Koninkrijk België, de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Spanje, de Republiek Frankrijk, het Groothertogdom Luxemburg, het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Oostenrijk inzake de intensivering van de grensoverschrijdende samenwerking, in het bijzonder ter bestrijding van het terrorisme, de grensoverschrijdende criminaliteit en de illegale migratie, ondertekend 27 mei 2005, te Prüm (Duitsland).

115 Zie meer uitgebreid over het Prüm-verdrag: Balzacq, Bigo, Carrera & Guild, *Security and the Two-Level Game: the Treaty of Prüm, the EU and the Management of Threats* (CEPS Working Document nr. 234) (januari 2006), te downloaden van www.ceps.be.

116 Naar verluidt was Prüm in eerste instantie een initiatief van dezelfde lidstaten die met het Schengen-proces begonnen waren (Duitsland, Frankrijk en de Benelux-landen). Toen Frankrijk snel afhaakte werd Oostenrijk bij het proces betrokken; kort voor ondertekening schoven Frankrijk en ook ook Spanje (weer) aan.

117 Ik laat het derde type gegevens, betreffende voertuigregistratie, verder buiten beschouwing.

overigens zij aangetekend dat op dat moment het Commissievoorstel ter uitvoering van het beschikbaarheidsbeginsel nog niet was gepresenteerd.

SCHENDT PRÜM VERPLICHTINGEN UIT HET EU-VERDRAG?

65. Er zijn drie, nauw met elkaar samenhangende, argumenten aan te voeren waarom het Prüm-verdrag niet alleen onwenselijk is, maar mogelijk ook strijdig met verdragsverplichtingen.

66. In de eerste plaats valt te verdedigen dat het Prüm-verdrag strijdig is met het stelsel van het EU-Verdrag zelf, voor zover dit beoogt een ruimte voor vrijheid, veiligheid en recht tot stand te brengen zonder binnengrenzen. In dit verband verwijs ik op de volgende punten.

- De bepalingen uit de derde pijler zijn meer dan een kader voor intergouvernementele samenwerking. Zij zijn bepalend voor de richting waarin de Unie zich moet ontwikkelen en laten daarmee geen ruimte aan de lidstaten om het bereiken van die doelstellingen verder weg te brengen. De strafrechtelijke samenwerking in het kader van het Prüm-verdrag leidt niet tot het ontstaan van één ruimte, maar versterkt in tegendeel de binnengrenzen binnen die ruimte, tussen de landen die wel en de landen die niet deelnemen.
- De door het Pupino-arrest bevestigde trend van communautarisering van de derde pijler. Verplichtingen voor de lidstaten in de eerste pijler zijn steeds ruimer van toepassing in de derde pijler. Ook om die reden is de samenwerking niet vrijblijvend.¹¹⁸
- De inhoudelijke eisen die worden gesteld aan de nauwere samenwerking. Deze moet beogen 'de Unie in staat te stellen zich sneller te ontwikkelen tot een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid' (art. 40 EU) en 'de doelstellingen van de Unie en de Gemeenschap te bevorderen, hun belangen te beschermen en te dienen, en hun integratieproces te versterken' (art. 43 EU).
- Art. 40A EU voorziet in een besluit van de Raad (en dus zijn de andere lidstaten automatisch betrokken) en betrokkenheid van Commissie en Europees Parlement. Ook het Hof kan toezicht uitoefenen (art. 40 lid 3 EU).
- Ook art. 43 EU is relevant. Dat artikel bepaalt dat pas met nauwere samenwerking wordt begonnen, wanneer in de Raad is vastgesteld dat de doelstellingen van de samenwerking niet binnen een redelijke termijn op grond van de terzake geldende bepalingen van de verdragen kunnen worden verwezenlijkt. In het geval van Prüm is de Raad vóóraf niet ingeschakeld.

Hiermee wil ik niet zeggen dat het stelsel van Titel VI EU verhindert dat twee of meer lidstaten afspraken maken over politietsamenwerking. Titel VI schept geen exclusieve bevoegdheden voor de Unie die bilaterale samenwerking tussen een beperkt aantal lidstaten verhindert, ook niet ten gevolge van het bepaalde over de versterkte samenwerking. Wel begrenst de derde pijler de competentie van de lidstaten. Mijn stelling luidt dat de grens hier wordt overschreden.

67. In de tweede plaats kan worden gesteld dat het beginsel van loyale samenwerking wordt geschonden,

omdat het Prüm-verdrag de implementatie van het beschikbaarheidsbeginsel bemoeilijkt. In gevolge het arrest Pupino¹¹⁹ is het beginsel van loyale samenwerking onverkort van toepassing in de derde pijler. Natuurlijk kan men tegenwerpen dat hiermee weliswaar de onwenselijkheid van de totstandkoming van het Prüm-verdrag vanuit EU-rechtelijk oogpunt vaststaat, maar dat geenszins de conclusie kan worden getrokken dat de betreffende lidstaten een juridische verplichting schenden. Het beschikbaarheidsbeginsel is vastgelegd in een programma van de Unie, maar maakt daarmee nog geen deel uit van het acquis. Bovendien behouden de lidstaten een zekere vrijheid totdat een Europese maatregel in hun nationale rechtssfeer van toepassing wordt. Zelfs in geval van een reeds aangenomen richtlijn¹²⁰ behoeven zij zich ingevolge het arrest Inter-Environnement Wallonie¹²¹ in de periode voorafgaande aan de inwerkingtreding slechts te onthouden van nationale maatregelen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen.

68. Niettemin is goed verdedigbaar dat de betrokken lidstaten wel degelijk het beginsel van loyale samenwerking hebben geschonden. Zij hadden immers ook anders kunnen handelen en gebruik kunnen maken van de mogelijkheden van het EU-Verdrag: zij hadden de Commissie kunnen verzoeken overeenkomstig art. 34 EU een voorstel voor een kaderbesluit in te dienen, zij hadden zelf een zodanig voorstel kunnen doen en zij hadden de materie kunnen regelen overeenkomstig de in het EU-Verdrag voorziene procedures voor nauwere samenwerking. De verdragssluitende staten waren zich ongetwijfeld van één en ander bewust, gelet op de considerans van het verdrag. Zij beschouwen het Prüm-verdrag als pionieren met samenwerking en informatie-uitwisseling en streven ernaar op termijn de bepalingen uit het Prüm-verdrag over te hevelen naar de kaders van de Europese Unie.

69. In de derde plaats is de vraag gerechtvaardigd of de lidstaten nog wel bevoegd zijn op dit terrein internationale akkoorden te sluiten met de inhoud van het Prüm-verdrag. Hiertoe redeneer ik als volgt.

- De communautarisering van de derde pijler als bevestigd door het Pupino-arrest heeft ook implicaties voor de toepassing van beginselen van gemeenschapsrecht die niet expliciet in het Pupino-arrest aan de orde komen. Het Hof baseert zijn bevindingen immers voornamelijk op de overweging dat de Unie in de derde pijler zijn taak doeltreffend moet kunnen vervullen. Die overweging geldt ook voor andere beginselen van gemeenschapsrecht.¹²²
- Daarmee kan ook een beroep worden gedaan op de

¹¹⁸ De vanzelfsprekendheid daarvan wordt bijvoorbeeld ook verwoord door G.J.M. Corstens, 'Eerste strafarrest van het Hof van Justitie over een kaderbesluit', *NTER* 2006, nr. 1/2, p. 24-28.

¹¹⁹ Punten 41 en 42 van het arrest. Zie over loyale samenwerking ook *SEW* 2006, 90, punten 46-48.

¹²⁰ Voor een kaderbesluit geldt mijns inziens hetzelfde.

¹²¹ HvJ EG 18 december 1997, zaak C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, *Jur.* p. I-7411, punt 45.

¹²² Zie ook M. Fletcher, 'Extending 'indirect effect' to the third pillar: the significance of Pupino?', *ELR* 2005, p. 862-877.

rechtspraak inzake de bevoegdheden van lidstaten om internationale akkoorden te sluiten.¹²³

- Het maakt daarbij niet uit dat Prüm een akkoord tussen lidstaten betreft en niet een akkoord met één of meer derde landen.
- Het Hof heeft erkend dat de lidstaten geen akkoorden mogen sluiten wanneer deze onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt en de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht. Of dit het geval is, moet blijken uit een concreet onderzoek tussen het akkoord en het geldende gemeenschapsrecht. De goede werking van het door het gemeenschapsrecht ingestelde systeem is daarbij een wezenlijk element.¹²⁴
- Overeenkomstige toepassing van deze rechtspraak in de derde pijler leidt tot de conclusie dat het Prüm-verdrag de goede werking van het door art. 29-32 EU ingestelde systeem belemmert. Dus mochten de lidstaten dit akkoord niet sluiten.

Toegegeven zij dat op deze redenering wel iets valt af te dingen. Zij is immers gebaseerd op te betwisten vooronderstellingen. Wat hier ook van zij, de redenering leent zich goed voor discussie in het kader van de NVER.

70. Eén en ander leidt tot de volgende conclusie. Het Prüm-verdrag doet afbreuk aan de doelstellingen van het EU-Verdrag – om de diverse redenen bovengenoemd – en levert bovendien strijd op met het beginsel van loyale samenwerking. Vervolgens doet zich de vraag voor wat het rechtsgevolg is van deze vaststelling. De Commissie kan zich immers niet tot het Hof wenden aangezien de procedure van verdragsinbreuk ex art. 226 EG niet van toepassing is in de derde pijler.

6.2. De passerelle

71. Bij gebreke aan een Grondwettelijk Verdrag, zou het gebruik van de ‘passerelle’-bepaling van art. 42 EU een alternatief kunnen vormen om de besluitvorming op het gebied van de strafrechtelijke samenwerking effectiever te maken, vooral indien toepassing van art. 42 EU gepaard zou gaan met de invoering van besluitvorming bij gekwalificeerde meerderheid.¹²⁵ De Commissie zet nu zwaar in op de overheveling van bevoegdheden van de derde naar de eerste pijler. Dit is opmerkelijk omdat tot voor kort deze mogelijkheid niet erg serieus werd genomen.¹²⁶ Parallel daaraan stelt de Commissie voor om ook de bevoegdheden van het Hof in het Derde deel, Titel IV EG-Verdrag te verruimen, door gebruik te maken van de clausule in art. 67 lid 2 tweede gedachtestreepje EG.¹²⁷ Er zijn goede argumenten de passerelle uit de kast te halen. Veel van die argumenten hangen samen met de tekortkomingen in de samenwerking in de derde pijler zoals beschreven op diverse plaatsen in dit preadvies. Het Prüm-verdrag – althans de onwenselijkheid daarvan – geeft misschien nog wel het beste argument. Blijkbaar achten de lidstaten zich niet gebonden aan het kader voor de samenwerking op het gebied van politie en justitie zoals vastligt in de derde pijler van het EU-Verdrag. Overheveling van de bevoegdheden naar de eerste pijler, gepaard gaande met meerderheidsbesluitvorming, kan aan de ene kant de behoeften van de lidstaten verminderen en maakt aan de andere kant mogelijk op te treden tegen de lidstaten. Kortom, er is alle reden in te zetten op het gebruik van de passerelle.

7. Waar leidt dit toe?

Tot besluit enkele conclusies in de vorm van stellingen voor de vergadering van de NVER.

1. Informatie-uitwisseling veronderstelt (wederzijds) vertrouwen. De echte uitdaging voor de Uniewetgever is erin gelegen het om goede redenen bestaande gebrek aan vertrouwen weg te nemen, althans terug te brengen tot aanvaardbare proporties.
2. Art. 29-32 EU bevatten een algemene bevoegdheid om regels te stellen, als instrument ter bevordering van het wederzijds vertrouwen en met het oog op de doelstelling van art. 29 eerste alinea.
3. De Europese aanpak moet bijdragen aan een versterkte uitwisseling van informatie op basis van wederzijds vertrouwen en bij die aanpak dient zoveel mogelijk aandacht te worden geschonken aan de gebreken in de derde pijler, zoals het ontbreken van passende (democratische) controle en rechtsbescherming. Ondanks die gebreken zullen steeds meer strafrechtelijke bevoegdheden worden overgedragen naar het Europese niveau.
4. Als gevolg van het PNR-arrest is er een grensgebied tussen de eerste en de derde pijler waarin mogelijk geen bevoegdheid bestaat tot optreden van de Europese Unie.
5. Harmonisatie van essentiële normen moet geschieden op basis van evenwicht van de verschillende publieke belangen.
6. Het beschikbaarheidsbeginsel is een te snelle stap voorwaarts in de Europese integratie. Eerst moet een juridische infrastructuur worden geschapen die een gecontroleerde en evenredige uitwisseling mogelijk maakt.
7. De burger heeft aanspraak op een wettelijk stelsel waarin de verantwoordelijkheden en het toezicht eenduidig zijn geregeld. Het voorgestelde SIS II voldoet niet aan deze eisen.
8. Het Prüm-verdrag is strijdig met de verplichtingen van de lidstaten op grond van het EU-Verdrag. Het strijdt met het stelsel van het verdrag zelf, schendt het beginsel van loyale samenwerking en bovendien mogen de lidstaten over dit onderwerp niet eenzijdig internationale akkoorden sluiten.
9. Er is alle reden aan te dringen bij de lidstaten gebruik te maken van de passerelle-bepaling. Het Prüm-verdrag – althans de onwenselijkheid daarvan – is het beste argument voor de urgentie van de inzet van de bepaling.

¹²³ De rechtspraak van het Hof – het AETR-arrest van 31 maart 1971 (zaak 22/70, *Jur.* p. 263) en de daaropvolgende rechtspraak – is samengevat terug te vinden in advies 1/03 van het Hof van 7 februari 2006, punten 114-133.

¹²⁴ Zie in het bijzonder de punten 122, 124 en 128 van advies 1/03.

¹²⁵ Zie over het wezen van de passerelle Barents SEW 2006, 90, punt 34.

¹²⁶ Zo stelt bijvoorbeeld Weijembergh, o.c., p. 1588, simpelweg dat ‘such a decision is very unlikely to be adopted by Council’.

¹²⁷ Zie de mededeling van de Commissie daaromtrent, behorende tot het pakket van 28 juni 2006, vermeld in voetnoot 3.